

INDICE

	Página
PARTE GENERAL DEL LAUDO:	
INFORMACION SOBRE EL TRÁMITE Y EL EXPEDIENTE	1
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES	1
CAPÍTULO II: LA DEMANDA	4
CAPÍTULO III: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	13
CAPÍTULO IV: EL ACERVO PROBATORIO	19
CAPITULO V: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN	21
SEGUNDA PARTE: EL PROCESO Y LAS ACCIONES QUE SE FORMULAN	22
CAPITULO PRIMERO: LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA DECISION DE FONDO, LAS NULIDADES PROCESALES, Y LAS ACCIONES SUSTANTIVAS EJERCIDAS:	22
I Los Presupuestos Procesales para la Decisión de Fondo	
II Examen acerca de las Nulidades Procesales	
III El Ejercicio de las Acciones de la Demanda	
IV Reconocimiento de Documentos por las Partes y Terceros	
V Decisión del Tribunal sobre la solicitud del apoderado de la parte convocante sobre los testigos pedidos por la parte convocada	
TERCERA PARTE: ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DECRETADOS Y PRACTICADOS	35
CAPITULO I: VALORACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DECRETADOS Y PRACTICADOS EN EL PROCESO	35
CUARTA PARTE: ESTUDIO Y CONCLUSION SOBRE LAS ACCIONES SUSTANCIALES QUE SE FORMULARON EN LA DEMANDA	38
CAPITULO I: TERMINACION POR MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO Y SU LIQUIDACION	38
CAPITULO SEGUNDO: ESTUDIO PORMENORIZADO DE LAS PRETENSIONES	43
CAPITULO TERCERO: EL ACTO JURIDICO, SUS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ, COMO PRESUPUESTO PARA RESOLVER LAS PRETENSIONES SUBSIGUIENTES.	44
CAPITULO CUARTO: SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: LA NULIDAD ABSOLUTA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA.	53
CAPÍTULO QUINTO: LA PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: LA INEFICACIA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA.	62
CAPITULO SEXTO: CAUSALES ESPECÍFICAS DE NULIDAD ABSOLUTA PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDANTE, EN LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.	71
CAPITULO SEPTIMO: EXAMEN OFICIOSO DE LA CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILICITO	87
CAPITULO OCTAVO: SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: DECLARACION DE INAPLICABILIDAD DE LOS APARTES DEMANDADOS DE LA CLAUSULA 55, A LA LIQUIDACION DE PERJUICIOS SOLICITADA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA	100
CAPITULO NOVENO: LA PRETENSION TERCERA PRINCIPAL: LIQUIDACION PARCIAL DEL CONTRATO 287-2010 Y CONCLUSIONES, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA	101
CAPITULO DECIMO: SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA	102

PRINCIPAL: DECLARACION DE INAPLICABILIDAD DE LOS APARTES DEMANDADOS DE LA CLAUSULA 55, A LA LIQUIDACION SOLICITADA DE PERJUICIOS, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA	
CAPITULO DECIMO PRIMERO: CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS Y SU SOLICITUD DE CONDENA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA.	105
CAPITULO DECIMO SEGUNDO: PRETENSIONES QUINTA, SEXTA Y SÉPTIMA PRINCIPALES: CONDENA AL PAGO DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, Y DE LA ACTUALIZACION DE TALES CONCEPTOS, CONFORME FUERON PLANTEADAS EN LA DEMANDA.	110
CAPITULO DECIMO TERCERO: PRETENSION OCTAVA PRINCIPAL: DECLARACION DE LIQUIDACION DEL CONTRATO 287-2010, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA.	110
CAPITULO DECIMO CUARTO: PRETENSION NOVENA PRINCIPAL: CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A LA CONVOCADA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA	111
CAPITULO DECIMO QUINTO: DECISION SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR LA CONVOCADA.	114
CAPITULO DECIMO SEXTO: PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SOBRE LA EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN RENDIDO POR EL DOCTOR JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO, EL CUAL FUE OBJETADO POR ERROR GRAVE.	114
CAPITULO DECIMO SEPTIMO: DICTAMEN PERICIAL PRESENTADO EN LA CONTESTACION A LA DEMANDA, RENDIDO POR EL DR GABRIEL MAURICIO CABRERA GALVIS.	114
CAPITULO DECIMO OCTAVO: LIQUIDACION DE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, A CARGO DE LA PARTE CONVOCANTE, Y A FAVOR DE LA PARTE CONVOCADA	115
CAPITULO DECIMO NOVENO: EFECTOS PROCESALES DEL JURAMENTO ESTIMATORIO	116
CAPITULO VIGESIMO: EXAMEN DE PROCEDIBILIDAD DEL PROCESO FRENTE A LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO	117
PARTE RESOLUTIVA	119
Salvamento de Voto (Dra. Martha Cediel)	1 de 10

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Call, catorce (14) de febrero del dos mil catorce (2014).

L A U D O

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el procedimiento arbitral, la Ley 23 de 1991 y los Decretos 2279 de 1989, 2651 de 1991 y 1818 de 1998, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

PARTE GENERAL DEL LAUDO

INFORMACION SOBRE EL TRÁMITE Y EL EXPEDIENTE

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1). SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL:

EL CONSORCIO ACUAVALLE 2010 Integrado por VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON), INGENIERIA Y VIAS S.A.S. Y BOGOTANA DE ASFALTOS S.A, en adelante LA CONVOCANTE, a través de apoderado, presentó demanda arbitral el 10 de julio de 2012, la cual fue reformada el 13 de febrero de 2013, con citación y audiencia de ACUAVALLE S.A E.S.P, en adelante LA CONVOCADA, con el fin de obtener por vía jurisdiccional declaraciones y consecuentes condenas, lo cual se requiere pronunciamiento positivo.

La demanda fue reformada y su admisión se efectuó el 14 de febrero de 2013 (auto No. 10 del 214 de febrero de 2013 – Acta No. 6).

EL CONSORCIO ACUAVALLE 2010, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con fundamento en la cláusula compromisoria siguiente:

La contenida en el Contrato N° 287-2010 en los siguientes términos:

*"Cláusula 51. Procedimiento y mecanismos de solución de conflicto
(...)*

d) Tribunal de Arbitramento

Cualquier divergencia que surja entre las partes con ocasión de la celebración, Interpretación, ejecución o liquidación de este Contrato, que no sea posible solucionar amigablemente, mediante

LAUDO ARBITRAL

arreglo directo o conciliación, será dirimida por un Tribunal de Arbitramento, el cual se regirá por las siguientes reglas:

1) *El Tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes cuando la cuantificación de la pretensión o la valoración del conflicto sea igual o superior a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de presentación de la respectiva solicitud de citación del Tribunal. En el caso en que el valor de estimación del conflicto o de las pretensiones se encuentre por debajo de tal valor, se designará un único árbitro.*

2) *La designación del (los) árbitro (s) deberá realizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se entienda agotada la etapa de conciliación. Si tal acuerdo no se lograra, las partes recurrirán a la Cámara de Comercio de Cali para que sea ésta quien los designe. En este evento cuando mínimo uno de los árbitros debe ser especializado en derecho administrativo.*

3) *Los árbitros decidirán en derecho.*

4) *El Tribunal se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, y se regirá por lo previsto en esta cláusula y por todas las disposiciones aplicables, en particular el Decreto 2279 de 1989, Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, o por las normas que los adicionen, modifiquen o remplacen.*

5) *En la medida en que las normas legales así lo exijan, las disputas relacionadas con la aplicación y los efectos de las cláusulas de caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral, no podrá ser sometidas al arbitramento.*

6) *El Tribunal sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.*

7) *Los gastos que ocasiona el Tribunal de arbitramento, serán cubiertos por la parte que resulte vencida."*

Por su parte, el ACTA DE TERMINACIÓN DE MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN CONTRATO No. 287-2010, suscrita por Acuavalle y el Consorcio Acuavalle el 13 de diciembre de 2011, reza:

"CUARTO: En vista de que las partes no llegaron a un acuerdo en relación con las demás pretensiones del CONSORCIO ACUAVALLE 2010, las cuales se encuentran relacionadas en el cuadro incluido en el punto 23 de la presente Acta, las partes quedan en libertad de acudir a un Tribunal de Arbitramento para que resuelva definitivamente la disputa, según los términos de la cláusula 51 del Contrato, sin necesidad de acudir previamente a arreglo directo, conciliación o amigable composición."

2). NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS:

Como árbitros fueron nombrados por las partes los doctores JOSÉ RICARDO CAICEDO PEÑA, MARTHA CEDIEL DE PEÑA y RODRIGO BECERRA TORO.

3). INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA:

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 3 de octubre de 2012 (Acta N° 1). En la misma audiencia se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría del mismo, las dependencias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

La parte convocada oportunamente interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, el cual fue resuelto de manera desfavorable al recurrente (Acta N° 2).

En audiencia del 14 de febrero de 2013, se admitió por auto la reforma de la demanda inicial (Acta N° 6).

LAUDO ARBITRAL

Finalmente en cuanto a este acápite se refiere, la parte convocada contestó oportunamente la demanda y su reforma y propuso excepciones de fondo.

4). AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:

Luego de surtido por Secretaría el traslado de las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda, el Tribunal fijó fecha para Audiencia de Conciliación (Acta N° 4), la cual se llevó a cabo el 26 de noviembre de 2012. Dicha audiencia se declaró fracasada por no existir ánimo conciliatorio.

5). FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS:

Al declararse fracasada la audiencia de conciliación, se fijaron los gastos y honorarios a cargo de las partes, los cuales fueron consignados oportunamente por ambas partes, a órdenes del Presidente de este Tribunal (Acta N° 6).

6). CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La parte convocada contestó en término legal la demanda y su reforma, oponiéndose expresamente a todas las pretensiones de la convocante y negando los hechos fundamentales expuestos por la demandante, y, desde luego, exponiendo como medios de defensa, excepciones de mérito.

7). PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE:

Esta audiencia se llevó a cabo el 17 de abril de 2013 (Acta N° 8). En ella, el Tribunal se declaró competente y decretó las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes.

8). TÉRMINO DEL PROCESO:

Al no haber señalado las partes término del proceso, su duración conforme a lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1993 es de seis (6) meses, contado a partir de la terminación primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar y concluyó el 17 de abril de 2013, por lo tanto, dicho lapso debería vencer el 17 de octubre de 2013. Sin embargo, los apoderados de las partes, de común acuerdo, solicitaron la suspensión del proceso en varias ocasiones. En consecuencia, al término inicial debe sumarse el tiempo durante el cual el proceso estuvo suspendido, lo que nos lleva a concluir que el término del presente proceso arbitral vencería finalmente el día 26 de mayo de 2014, según la siguiente cuenta:

1. Del 18 de abril al 16 de mayo de 2013, ambas fechas inclusive (acta N° 8) (29 días).
2. Del 27 de mayo de 2013 al 30 de julio de 2013, ambas fechas inclusive (acta N° 10) (65 días).
3. Del 1 de agosto de 2013 al 23 de agosto de 2013, ambas fechas inclusive (acta N° 11)(23 días).
4. Del 11 de septiembre al 24 de septiembre, ambas fechas inclusive (acta N° 12)(14 días).
5. Del 30 de octubre hasta el 16 de diciembre, ambas fechas inclusive (acta N° 13 y 14)(48 días).
6. Del 03 de enero de 2014 al 13 de febrero de 2014, ambas fechas inclusive (acta N° 14)(42 días).

LAUDO ARBITRAL

Teniendo en cuenta lo anterior, si al término inicial que vencería el 17 de octubre de 2013, le sumamos los días de suspensión (29, 65, 23, 14, 48 y 42 días), nos da que el término vence el 26 de mayo de 2014.

CAPÍTULO II

LA DEMANDA

1). SUSTITUCIÓN Y ADMISIÓN DE LA DEMANDA:

La demanda fue presentada el 10 de julio de 2012 por el CONSORCIO ACUAVALLE contra ACUAVALLE S.A E.S.P., y fue reformada el 13 de febrero del mismo año.

2). DEMANDA REFORMADA:

A continuación el Tribunal hace un breve resumen de la demanda reformada, que integró a la inicial, calendarada 13 de febrero de 2013:

1.- El 26 de noviembre de 2010 se suscribió el contrato 287-2010 entre la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLAS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. ESP ACUAVALLE y el CONSORCIO ACUAVALLE 2010 conformado por VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON), INGENIERIA Y VIAS S.A.S. Y BOGOTANA DE ASFALTOS S.A.

El objeto del contrato era la realización por parte del CONSORCIO ACUAVALLE 2010 de la totalidad de las actividades de diseño, construcción, financiación, gestión social, ambiental y predial de la infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado en los municipios atendidos por ACUAVALLE, para posteriormente transferir dicha infraestructura a la entidad.

2.- La remuneración del CONSORCIO ACUAVALLE 2010 por la ejecución total del contrato se acordó en \$155.800'000.000, lo cual se le pagaría con la cesión de los derechos económicos que le haría ACUAVALLE del componente tarifario del Costo Medio de Inversión CMI para los servicios de acueducto y alcantarillado, dineros que serían administrados por una entidad fiduciaria.

3.- El plazo del contrato estaba previsto en 15 años, en todo caso se previó que el plazo real sería determinado por el ingreso esperado solicitado por el contratista.

4.- Para legalizar el contrato se requería la publicación del contrato en la Gaceta Departamental del Valle del Cauca, la aprobación por parte de ACUAVALLE de la garantía única de cumplimiento y de la minuta del contrato de fiducia mercantil, y la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato.

El CONSORCIO ACUAVALLE 2010 publicó el contrato en la Gaceta Departamental del Valle del Cauca, entregó a la contratante las garantías y el proyecto del Contrato de Fiducia con Fiduciaria Popular. Como ACUAVALLE no hizo observaciones a este contrato, el Consorcio procedió a suscribirlo, tal como se había previsto en el contrato.

5.- El CONSORCIO ACUAVALLE 2010 solicitó a ACUAVALLE la programación de una visita conjunta para hacer el reconocimiento de las zonas escogidas para ejecutar las obras prioritarias. Igualmente informó el número de la cuenta donde se podía llevar a cabo la consignación del componente tarifario CMI.

6.- La Fiduciaria Popular presentó sus Informes relacionados con el Patrimonio Autónomo Consorcio Acuavalle 2010; en el primer informe se reflejó el aporte del fideicomitente por \$595'600.000.

7.- El contrato quedó totalmente legalizado el 30 de marzo de 2011 con la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato, en donde se estableció el 30 de marzo de 2024 como fecha de

LAUDO ARBITRAL

terminación del contrato. A partir de esta acta se dio inicio a la etapa de pre-construcción, se inició la contabilización del término de 20 días para suscribir el Acta de Entrega y empezó a correr el plazo de tres meses para el cierre financiero.

8.- El contrato estableció que dentro de los 15 días calendario siguientes a la suscripción del mismo y en todo caso cuando se hubiera firmado el Acta de Entrega, ACUAVALLE debía efectuar la cesión irrevocable al contratista de los derechos económicos de los recursos provenientes del componente tarifario CMI para los servicios de acueducto y alcantarillado. Se indica que ACUAVALLE tenía la obligación de suscribir el Acta de Entrega, y por ende ceder los derechos económicos al consorcio contratista el 19 de abril de 2011, lo cual no sucedió.

9.- El consorcio contratista, para el cierre financiero, debía desembolsar recursos de deuda mínimo de \$35.000'000.000, o contar con un capital líquido disponible por el mismo monto, o una combinación de los anteriores, dentro de un plazo máximo de tres meses después de la suscripción del Acta de Inicio de Ejecución (30 de marzo de 2011).

Para financiar el contrato el CONSORCIO ACUAVALLE 2010, se acercó a varias entidades financieras del país, pero se dio cuenta que éstas tenían poco conocimiento del proyecto, a pesar de que supuestamente el Consorcio Bonus-CIP, estructurador del proyecto, lo había promocionado.

De todas maneras, el consorcio contratista obtuvo un compromiso de financiación por parte del Banco AV Villas hasta por \$77.000'000.000, siempre que los recursos producto del recaudo de ACUAVALLE, lleguen directamente a Fiduciaria Popular.

10.- Cumplidos los 20 días a partir de la firma del Acta de Inicio de Ejecución del Contrato, ACUAVALLE incumplió su obligación de suscribir el Acta de Entrega, lo que llevó a que no se hiciera la cesión irrevocable del derecho a percibir los ingresos provenientes del componente tarifario CMI. Esto trajo como consecuencia que el sector financiero perdiera interés en financiar el proyecto. Por ello el consorcio pidió ampliación del plazo para acreditar el cierre financiero.

11.- A pesar de los múltiples requerimientos de la contratista a la contratante, sólo el 13 de julio de 2011 se pronunció la segunda, indicando que no era procedente la ampliación del plazo para acreditar el cierre financiero; igualmente argumentó para justificar su incumplimiento, que como para la firma del Acta de Entrega era necesario la entrega de la minuta del contrato de fiducia y en ese momento se encontraba en trámite otro sí a dicho contrato, estaban a la espera de que se "cumpliera ese requisito".

La verdad es que ACUAVALLE ya tenía en su poder desde varios meses atrás, el contrato de fiducia, al igual que la minuta del otro sí No. 1.

12.- Al día siguiente, el 14 de julio de 2011, ACUAVALLE intentó enderezar su postura inicial, enviando otra comunicación al contratista en la que lo acusa de haber incumplido el cierre financiero.

13.- El 5 de octubre de 2011, la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Valle propuso al consorcio contratista la terminación y liquidación del contrato, lo cual fue aceptado por ésta última, siempre y cuando se respetaran sus intereses económicos.

El 27 de octubre de 2011 las partes suscribieron un Acta de Suspensión, mediante la cual se suspendió de común acuerdo el plazo de ejecución del contrato hasta el 27 de diciembre de 2011.

14.- El 13 de diciembre de 2011, las partes suscribieron el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación (parcial) del contrato del contrato, en donde constan, entre otros puntos:

"(...) 22. En la fecha no se ha adelantado la ejecución del CONTRATO como tampoco se ha suscrito acta de entrega, debido a la deficiente de estructuración por parte del Consorcio estructurador Bonus- CIP. Para ACUAVALLE S.A. ESP. El contrato posee condiciones ampliamente inconvenientes para el patrimonio mismo de la empresa dada que compromete a largo plazo los ingresos de la misma y una proporción importante del CMI.

LAUDO ARBITRAL

Ante esa situación, la ejecución del contrato se encuentra suspendida, de tal manera que las partes deben definir la continuación de su ejecución o su terminación de común acuerdo. Además la Procuraduría General de la Nación como se dijo, ha dado comienzo a una intervención que comprende la oferta pública en virtud de la cual se dio comienzo al contrato 287 de 2010.

23. ACUAVALLE S.A. ESP. manifestó que el reconocimiento de cualquier gasto se haría según la forma contenida en el artículo 55 del CONTRATO. Como en las mesas de trabajo se solicitó por parte de ACUAVALLE S.A. ESP. al CONSORCIO ACUAVALLE 2010 la presentación de todos los soportes para aplicar la cláusula de terminación de mutuo acuerdo anticipada del CONTRATO, aquel aportó la siguiente relación.

CONCEPTO	PRETENSIONES	RECONOCIDO
Comisión de éxito (1)	2.976.169.848	
Abogado v. estructurador	254.479.373	
Subtotal INVERSION	595.600.000	595.600.000
Estudios y diseños		
Fondeo Interventoria	595.600.000	595.600.000
Subtotal GASTOS ADMINISTRATIVOS (2)	548.417.043	59.560.000
PUBLICACION CONTRATO	164.488.460	
ASESORIA LEGAL	29.600.000	
PAGO POLIZA DE CUMPLIMIENTO (3)	125.976.541	
VIAJES CALI	9.173.523	
MODELO FINANCIERO	31.429.350	
DIRECTOR DE OBRA	44.877.329	
SISTEMA OPERATIVO OBRA	6.380.000	
POLIZA DE RESPONSABILIDAD	54.520.000	
HONORARIOS ESTUDIOS Y DISEÑO	54.800.000	
ADMINISTRACION FIDUCIA	27.171.840	
TOTAL PAGOS	4.374.666.264	655.160.000
UTILIDAD	-	58.964.400 (4)
TOTAL	4.374.666.264	714.124.400

(1) No se reconoce porque no hubo éxito del proceso. Se debe reclamar al estructurador.

(2) Según el contrato solo se reconoce el 10% de la Inversión

(3) Se supone que la aseguradora devuelve el 40% de las pólizas

(4) Rentabilidad de los recursos invertidos hasta la fecha de la presente

(.....)

28. Es del entendimiento de ACUAVALLE S.A ESP. y del CONSORCIO ACUAVALLE 2010 que sobre el rubro denominado "Reconocido" en el punto 23 de esta Acta, así como sobre los compromisos mutuamente asumidos por las partes en esta instancia, se predicen los efectos de la transacción y por lo mismo los de cosa juzgada, que impide a las partes volver a formular requerimientos o pretensiones en sede administrativa, extrajudicial, prejudicial o judicial sobre los mismos hechos, salvo aquellos aspectos relacionados con las demás pretensiones no reconocidas del CONSORCIO ACUAVALLE 2010 frente a ACUAVALLE S.A. ESP.

(.....)

LAUDO ARBITRAL

Con base en los anteriores antecedentes, las Partes

ACUERDAN

PRIMERO: Levantar la suspensión del plazo de ejecución del CONTRATO No. 287-2010 del día 26 de Noviembre de 2010 acordada en el acta de suspensión suscrita el 27 de octubre de 2010, y a partir de la fecha de suscripción, inclusive, de la presente acta.

SEGUNDO: Dar por terminado de común acuerdo el CONTRATO No.287-2010 del día 26 de Noviembre de 2010, a partir de la fecha de suscripción de la presente acta.

TERCERO: Las partes acuerdan liquidar parcialmente el CONTRATO No. 287 -2010 en virtud de lo cual ACUAVALLE S.A ESP. reconocerá al CONSORCIO ACUAVALLE 2010, según la Cláusula 55 del CONTRATO, la suma de seiscientos cincuenta y cinco millones ciento sesenta mil pesos (\$655.160.000) más los intereses correspondientes desde la fecha de inversión hasta la fecha de pago los cuales se liquidarán según la Cláusula 55 del CONTRATO, suma que será pagada a más tardar el 30 de enero de 2011.

CUARTO: En vista de que las partes no llegaron a un acuerdo en relación con las demás pretensiones del CONSORCIO ACUAVALLE 2010, las cuales se encuentran relacionados en el cuadro incluido en el punto 73 de la presente Acta, las partes quedan en libertad de acudir a un Tribunal de Arbitramento para que resuelva definitivamente la disputa, según los términos de la cláusula 51 del Contrato, sin necesidad de acudir previamente a arreglo directo, conciliación o amigable composición.

QUINTO: Con la presente acta, las partes acuerdan agotado el procedimiento de terminación de común acuerdo y liquidación del Contrato No. 287 de 2010, en los términos de la presente acta.

Para constancia se firma en dos (2) originales, en la ciudad de Cali, el día martes trece (13) de diciembre de 2011."

15.- De la anterior acta, se destaca que la motivación que tuvo ACUAVALLE para terminar el contrato fue la deficiente estructuración por parte del Consorcio Bonus – CIP (escogido por ACUAVALLE), y que resultaba inconveniente para el patrimonio de la empresa dado que comprometía a largo plazo los ingresos de la misma y una proporción importante del CMI.

Igualmente en el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación (parcial) del Contrato consta que ACUAVALLE reconoció al CONSORCIO ACUAVALLE 2010 la suma de \$714'124,400.

16.- Después de firmado el acuerdo de terminación, ACUAVALLE pretendió que el consorcio le firmara otro documento adicional de fecha 27 de diciembre de 2011, en donde decía que en cualquier controversia la pretensión máxima del consorcio sería el valor relacionado en el cuadro de pretensiones que consta en el acta de terminación y liquidación. Esto no lo aceptó el hoy convocante pues en dicha acta no se dijo que renunciaría a reclamar la totalidad de los perjuicios causados.

17.- Por la terminación anticipada del contrato, se frustró la expectativa de ganancia que tenía el consorcio. Y sufrió pérdidas pues se vio en la obligación de pagar varios gastos. Uno de los pagos que tuvo que efectuar el consorcio fue la comisión de éxito al Consorcio Bonus – CIP. La cláusula 64 del Contrato imponía en cabeza del Consorcio Acuavalle el pago de dicha comisión, equivalente al 1.5% del Valor Estimado de las Inversiones para la Ejecución del Contrato y debía ser ajustada según el IPC a la fecha de pago. Esta comisión, que ascendía a la suma de \$2.878'725.948, debía ser pagada dentro de los 15 días siguientes a la constitución del fidicomiso.

Adicionalmente el consorcio incurrió en otros gastos que ascendieron a más de \$2.000'000.000.

Tuvo que pagar los derechos de publicación del Contrato, por un valor de \$164.488.460; las pólizas de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, por valor de \$125.976.541 y \$54.520.000 respectivamente; el fondeo de la Interventoría, por un valor de \$595.600.000; costos de administración de la fiducia por un valor de \$27.171.840; el director de obra por un valor de \$ 44.877.329; honorarios por concepto de estudios y diseños por un valor de \$27.171.840 y otros gastos que quedarán probados en el proceso.

18.- El CONSORCIO ACUAVALLE 2010 pretende el pago de los siguientes perjuicios:

LAUDO ARBITRAL

"LOS PERJUICIOS:

El Consorcio Acuavalle ha valorado los perjuicios causados por la terminación anticipada del Contrato de la siguiente manera:

DAÑO EMERGENTE

Consiste en los gastos e Inversiones que el Consorcio debió realizar para poner en ejecución el Contrato de acuerdo con los compromisos adquiridos en virtud del contrato 287-2010. Se tomaron los conceptos de gastos e inversiones realizadas y se actualizaron a 1º de Enero de 2012, usando una tasa del DTF + 4% que es el costo que pagaba el Consorcio por conseguir recursos en el sector financiero.

Tabla No. 1

VALORACION DE PERJUICIOS CAUSADOS AL CONSORCIO ACUAVALLE :	
CONTRATO No. 207-2010	
ENTIDAD CONTRATANTE: SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. - ACUAVALLE-	
CALCULO DEL DAÑO EMERGENTE POR COSTOS Y GASTOS INCURRIDOS	
Información tomada del Acta de terminación de mutuo acuerdo del 13 de Diciembre de 2011	
Cifras en Pesos Colombianos de Enero de 2012	
CONCEPTO	GASTO INCURRIDO
Comisión de éxito	1,500,000,000.00
Abogado v. estructurador	254,479,373.00
Fondo de la Interventoría	595,000,000.00
SUBTOTAL GASTOS ADMINISTRATIVOS	535,120,163.00
Publicación del contrato	164,408,400.00
Asesoría Legal	29,600,000.00
Póliza de Cumplimiento (1)	125,979,541.00
Viajes a Cali	
Modelo Financiero	33,894,993.00
Director de Obra	44,877,329.00
Sistema operativo de la obra	
Póliza de Responsabilidad (1)	54,520,000.00
Honorarios Estudios y Diseños	54,800,000.00
Administración Fiducia	27,171,840.00
TOTAL COSTOS Y GASTOS INCURRIDOS	2,885,208,536.00

Del total de costos y gastos incurridos, que asciende a la suma de \$2.885.208.536, se deben restar los \$714.124.400 que Acuavalle reconoció (y pagó) en el acuerdo de terminación anticipada y liquidación parcial del Contrato, suma explicada en el hecho 44 de esta demanda. Por consiguiente, el total que se reclama por concepto de DAÑO EMERGENTE asciende a la suma de \$2.171.084.136.

LUCRO CESANTE

Consiste en la estimación realista y coherente de las expectativas de utilidad que tenía el Consorcio con la ejecución del Contrato.

Para calcular el valor del lucro cesante el Consorcio Acuavalle utilizó los modelos financieros especialmente desarrollados por dicho Consorcio para analizar el negocio y buscar la financiación del mismo. En ellos quedaron plasmadas las reales expectativas económico-financieras del Consorcio contratista con la ejecución de las obras objeto del Contrato.

La metodología utilizada en esta valoración, consiste en encontrar el Valor Presente en pesos de Enero 1 de 2012 de los flujos generados por el negocio antes de impuestos y suponiendo que todos los requerimientos de inversión son aportados por el Consorcio sin incurrir en ningún tipo de deuda.

LAUDO ARBITRAL

Los motivos para usar los flujos sin impuestos y sin costos financieros de ninguna especie se basan en dos razonamientos:

- El primero, referente a no tener en cuenta el pago de impuestos, resulta de tener en cuenta que si el Tribunal falla a favor del demandante un pago por el concepto de Lucro Cesante, este pago se somete al impuesto de renta en forma automática, lo cual no es más que el pago en una fecha cercana del valor presente de los impuestos que habría pagado el Consorcio a lo largo del contrato.
- En lo que se refiere a no tener en cuenta ningún tipo de endeudamiento, el motivo de esta decisión es que el negocio de construcción de los acueductos y alcantarillados por parte del contratista debe ser analizado sin tener el sesgo de buenos o malos contratos de crédito o de consecución de recursos externos. En otras palabras, el daño por lucro cesante que se calcule no debe depender de si las condiciones financieras de los recursos de inversión fueron buenas y se obtuvieron tasas mejores que las que se podrían obtener sin el respaldo del contrato en ejecución.

La tasa de descuento que se utiliza para hallar este Valor Presente merece un tratamiento especial que consiste en determinar una tasa libre de riesgo en moneda constante, adicionarle el costo de capital del negocio de construcción y el riesgo país que tiene Colombia y a ese dato adicionar un estimativo en cuanto al riesgo que se dejó de correr por el hecho de no tener que ejecutar el Contrato.

Fuentes de Información para el estimativo del lucro cesante.

Para estimar el lucro cesante incurrido por el Consorcio Acuavalle 2010, se usa el modelo financiero desarrollado por el mismo Consorcio. Del modelo financiero mencionado, se utilizan las hojas de cálculo denominadas "Flujo de Caja" y "PyG". Los datos relevantes se coplaron textualmente en un modelo simple para calcular los valores presentes.

Fuentes de Información para definir la tasa de descuento.

Para hacer una determinación de una tasa de descuento razonable para hallar el valor presente de los flujos de ingresos, gastos e inversiones, se utilizan diversas fuentes; la tasa libre de riesgo se toma como el rendimiento de los bonos del tesoro de los Estados Unidos de América emitidos a 10 años según reportó Bloomberg en Febrero 23, 2012; la tasa de inflación en los Estados Unidos, necesaria para calcular la tasa libre de riesgo en moneda constante, se toma de las estadísticas del Bureau de estadísticas laborales del departamento del trabajo de los Estados Unidos (Bureau of Labor Statistics USDOL); el riesgo inherente a la industria de la construcción se toma como el costo de capital de dicha industria analizado en las estadísticas del Profesor Aswath Damodaran de la Stern School of Business de la Universidad de Nueva York; el riesgo país se toma del informe diario de Febrero 22, 2012 de Corficolombiana y la inflación en Colombia se toma de los indicadores macroeconómicos del Grupo Aval.

Finalmente, el hecho real de no haber ejecutado las obras del contrato tiene la implicación de que el Consorcio dejó de correr un riesgo operativo, no solamente por inconvenientes de construcción, sino por otro tipo de problemas que en este tipo de obras suelen presentarse, riesgos de tipo ambiental, laboral y de financiamiento oportuno y posibles sobrecostos.

Este riesgo se estima en un 0.5% anual de incremento en la tasa de descuento. Sin embargo, para mayor claridad se hace una sensibilidad de este estimativo de riesgo desde el 0% (riesgo inexistente) hasta un 1.5% anual que equivale casi al riesgo país utilizado, no se considera consistente con los datos empleados utilizar una tasa mayor. La Tabla No. 2 muestra el detalle del cálculo de esta tasa de descuento.

Tabla No. 2

Cálculo de la Tasa de descuento para el cálculo del Lucro Cesante

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA
CÁMARA DE COMERCIO DE CALI
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE CONSORCIO ACUAVALLE 2010 Vs ACUAVALLE S.A. E.S.P**

LAUDO ARBITRAL

VALORACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS AL CONSORCIO ACUAVALLE 2010

CONTRATO No. 287-2010

ENTIDAD CONTRATANTE: SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALGANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. -ACUAVALLE-
CÁLCULO DE LA TASA DE DESCUENTO DE LOS FLUJOS ESPERADOS POR EL CONSORCIO ACUAVALLE 2010

FUENTE

Tasa sin riesgo (Ounce Treasury USA)	2.02%	Bloomberg Febrero 23, 2012
Inflación USA	2.00%	Bureau of Labor Statistics US(1)
Tasa libre sin riesgo	-0.0942%	
Costo de Capital (riesgo) Industria de construcción	8.57%	Anwarth Demodaran Stern School of Business Sector Engineering and Construction
Tasa real con riesgo negocio de construcción USA	7.12%	
Riesgo País Colombia	1.00%	Confucolombiana Informe diario Feb 27, 2012
Tasa real con riesgo negocio de construcción Colombia	6.64%	
Inflación Colombia	3.54%	Indicadores Grupo Aval
Tasa efectiva con riesgo negocio construcción Colomb	13.41%	
Riesgo empresa de correr por terminación del contrato	0.50%	Calificación del asesor
TASA DE DESCUENTO	13.881%	

Resultados obtenidos por concepto de Daño Emergente.

El daño emergente causado y no reconocido al Consorcio Acuavalle 2010 se estima en \$ **2.171.084.136**; esta cifra se actualiza a pesos del 1 de Enero de 2012 usando una tasa de interés del DTIF + 4% anual, que da como resultado la suma de \$ **224.992.245.47** por concepto de intereses.

De esta manera el estimativo de los daños que la terminación del contrato 287-2010 causó al Consorcio Acuavalle 2010 por gastos e inversiones efectuadas para la ejecución del mismo y no reconocidas por ACUAVALLE es de \$ **2.396.076.381.47**.

La Tabla No. 3 presenta el detalle de los cálculos efectuados por este concepto.

Tabla No. 3

Cálculo del Daño Emergente

VALORACIÓN DE PERJUICIOS CAUSADOS AL CONSORCIO ACUAVALLE 2010				
CONTRATO No. 287-2010				
ENTIDAD CONTRATANTE: SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALGANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. -ACUAVALLE- CÁLCULO DEL DAÑO EMERGENTE POR COSTOS Y GASTOS INCURRIDOS NO RECONOCIDOS				
Información tomada del Acta de terminación de mutuo acuerdo del 13 de Diciembre de 2011				
Cifras en Pesos Colombianos de Enero de 2012				
CONCEPTO	GASTO INCURRIDO	VALOR RECONOCIDO(2)	AJUSTE CON DTIF + 4%	VALOR DEL RECLAMO
Comisión de éxito	1,500,000,000.00	-	120,287,115.17	1,620,287,115.17
Abogado v. estructurador	254,478,373.00	-	18,997,408.87	273,475,781.87
Fondos de la Interventoría	595,800,000.00	600,000,000.00	47,750,091.88	47,750,091.88
SUBTOTAL GASTOS ADMINISTRATIVOS	830,128,103.80	600,000,000.00	39,987,628.77	810,068,781.77
Publicación del contrato	104,400,490.00	17,004,010.37	14,035,544.95	107,430,044.62
Asesoría Legal	20,000,000.00	3,214,993.04	1,000,451.43	20,785,451.43
Póliza de Compensación (1)	129,970,041.00	13,001,480.90	10,041,050.00	126,968,510.10
Viajes a Cali	-	890,278.53	-	(890,278.53)
Modelo financiero	33,894,883.00	3,413,336.87	2,828,308.19	37,316,187.06
Director de Obra	44,877,328.00	4,073,034.16	2,075,332.16	42,879,625.99
Sistema operativo de la obra	-	892,090.21	-	(892,090.21)
Póliza de Responsabilidad (1)	54,620,000.00	5,021,001.79	4,000,000.20	58,641,001.99
Honorarios Estudios y Dirección	64,000,000.00	9,881,478.77	2,832,000.10	73,911,478.87
Administración Fiducia	27,171,000.00	2,050,050.41	1,410,670.16	26,531,629.55
TOTAL COSTOS Y GASTOS INCURRIDOS	2,880,201,638.80	685,160,000.00	224,992,245.47	2,485,049,701.47
UTILIDAD	181,904,400.00	68,904,400.00	-	(112,999,999.99)
VALOR DEL DAÑO EMERGENTE	-	2,171,084,136.00	-	2,396,076,381.47

(1) Los Aseguradores no devolvieron parte de las primas pagadas por estos pólizas
(2) Este valor ha cancelado oportunamente el 31 de Enero de 2012

Resultados obtenidos por concepto de Lucro cesante.

El daño por la ganancia dejada de percibir por el Consorcio Acuavalle 2010 por la terminación anticipada y liquidación del contrato 287-2010 se estima en pesos del 1 de Enero de 2012 en \$ **21.781.048.001.70**. A esta última cifra se le hace un análisis de sensibilidad y se estima que su valor puede estar entre un mínimo de \$ **14.812.602.201.82** y un máximo de \$ **25.514.618.194.78**. El

LAUDO ARBITRAL

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare la nulidad absoluta de los siguientes apartes de la cláusula 55 del contrato 287-2010, denominada COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA:

"... Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares."

"... (b) Paz y Salvo

"Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares."

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare, según sea el caso, la ineficacia, invalidez o ilegalidad de los siguientes apartes de la cláusula 55 del contrato 287-2010, denominada COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA:

"... Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares."

"... (b) Paz y Salvo

"Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares."

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que la cláusula 55 del contrato 287-2010 denominada COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA, no es aplicable a la liquidación de los perjuicios solicitados en esta demanda.

TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que el Contrato No. 287-2010 suscrito entre el Consorcio Acuavalle 2010 y la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. ESP fue liquidado parcialmente de común acuerdo por las partes, según consta en el acta denominada "ACTA DE TERMINACIÓN DE MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN CONTRATO No. 287-2010 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 2010" del 13 de diciembre de 2011.

CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que con la terminación anticipada del Contrato No. 287-2010, a través de la suscripción del acta denominada "ACTA DE TERMINACIÓN DE MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN CONTRATO No. 287-2010 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 2010", suscrita por Acuavalle y el Consorcio Acuavalle el 13 de diciembre de 2011, las sociedades miembros del Consorcio Acuavalle sufrieron perjuicios, por daño emergente y lucro cesante, que no les fueron reconocidos en la liquidación parcial del Contrato 287-2010 y que por lo tanto deberán serles reconocidos y pagados por la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P.

QUINTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. a pagar a las sociedades miembros del Consorcio Acuavalle 2010 la suma de **dos mil trescientos noventa y seis millones setenta y seis mil trescientos ochenta y un pesos (\$2.396.076.381)** o el valor que se pruebe en el proceso, por concepto de daño emergente.

SEXTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración solicitada en la pretensión CUARTA PRINCIPAL, se condene a la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. a pagar a las sociedades miembros del Consorcio Acuavalle 2010 la suma de **veintiún mil**

LAUDO ARBITRAL

setecientos ochenta y un millones cuarenta y ocho mil un pesos (\$21.781.048.001) o el valor que se pruebe en el proceso, por concepto de lucro cesante.

SEPTIMA PRINCIPAL: Que el valor monetario de las condenas anteriores deberá actualizarse hasta el momento del pago, para que se mantenga constante en términos reales y se reconozca el costo de oportunidad del dinero. La forma de actualización será la que al Honorable Tribunal le parezca más adecuada al efecto dicho. Expresamente pido que se use el interés bancario corriente vigente en el período respectivo, que representa la recuperación de la pérdida del poder adquisitivo del dinero y su costo de oportunidad en la economía colombiana. En su defecto, se empleará la fórmula de actualización que a juicio del Tribunal recoja de mejor manera la depreciación monetaria y el costo de oportunidad del dinero.

OCTAVA PRINCIPAL: Que se declare liquidado el Contrato No. 287-2010 suscrito entre el Consorcio Acuavalle 2010 y la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P.

NOVENA PRINCIPAL: Que se condene a la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P. en costas y agencias en derecho”.

4). CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO:

El presente proceso arbitral es de mayor cuantía, teniendo en consideración el monto de las pretensiones.

En cumplimiento del artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, modificado por la ley 1395 de 2010, estimo, bajo la gravedad del juramento, que la pretensiones indemnizatorias de esta demanda tienen un valor de \$24.177.124.382. Esta estimación tiene como fundamento la valoración que se presenta como parte de la demanda y está sujeta al dictamen pericial que se ha pedido y a las conclusiones del Tribunal de Arbitramento.

CAPÍTULO III

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte convocada contestó la demanda reformada, mediante escrito presentado el 22 de marzo de 2013. A continuación se resumen los principales apartes del contenido:

1.- La Procuraduría General de la Nación solicitó revocar el auto de apertura de la solicitud de oferta y suspender la audiencia convocada para tal efecto.

2.- El CONSORCIO ACUAVALLE 2010 no tenía las condiciones de idoneidad y solvencia requeridas para ejecutar el contrato. El cierre financiero nunca se efectuó pues el contratista no tuvo como demostrar la capacidad económica o financiera que había presentado en su oferta ni hizo efectivo el apoyo de una entidad financiera que supuestamente le había otorgado un cupo de crédito.

El contratista no cumplió con los presupuestos de financiación que requería el contrato pues solamente se conformó con fondear la cuenta del contrato de fiducia. La imposibilidad de ejecutar el contrato no obedeció a un hecho atribuible a ACUAVALLE, sino a culpa exclusiva del consorcio, quien no contó con los recursos requeridos para ejecutar el contrato y confió imprudentemente en obtenerlos. La cláusula 20 del contrato reteró que “la responsabilidad y riesgo de aportar la totalidad de la financiación para los requerimientos de ejecución del Objeto del Contrato, es del CONTRATISTA, quien deberá realizar todos los aportes necesarios para tal fin”. Los montos de la financiación inicial también podrán ser cubiertos por los recursos solicitados para acreditar el cierre financiero o por un monto superior a lo establecido en la formulación que imponía al contratista “contar con compromisos a su favor, que incluyan el desembolso de recursos de deuda por un valor no inferior a la suma de treinta y cinco mil millones de pesos (\$35.000'000.000.00), o contar con el capital líquido disponible por el mismo monto o una combinación de los anteriores,

3
m

LAUDO ARBITRAL

dentro de un plazo máximo de tres meses después de iniciada la etapa de preconstrucción" (cláusula 20). Lo cierto es que el consorcio jamás acreditó las condiciones que permitieran el cierre financiero porque no existieron desembolsos comprometidos con los documentos de deuda que facilitarían la verificación del cumplimiento mínimo.

El consorcio no probó haber obtenido créditos por la totalidad de la deuda. Ni acreditó recursos propios requeridos para atender la deuda.

No es cierto que el consorcio haya obtenido "un compromiso de financiación por parte del Banco AV Villas...hasta setenta y siete mil millones de pesos". En ninguna parte consta compromiso del banco para desembolsar dinero alguno. El consorcio no acreditó cumplir las condiciones exigidas para que le aprobaran el préstamo. En realidad la solicitud del cupo de crédito era por \$110.000'000.000, y el 30% restante debía ser aportado por el consorcio, lo cual no acreditó.

La solicitud hecha por el consorcio de un plazo adicional para el cierre financiero, fue negada por ACUAVALLE. En dicha comunicación remitida por el consorcio el 28 de junio de 2011 a ACUAVALLE, el primero reconoce la negativa de los bancos a otorgarle crédito, "lo que impide que podamos contar con la totalidad de los recursos en el término estipulado en la cláusula No. 20 del Contrato que nos vincula". La solicitud del convocante de que se amplíe el término para acreditar el cierre financiero, en 60 días hábiles, demuestran que el consorcio se encontraba en imposibilidad de cumplir.

Tampoco hubo acta de entrega, la cual estaba atada al cierre financiero. No hubo acta de entrega porque el contratista no contaba con recursos suficientes para financiar el proyecto.

"El argumento del convocante situado en el incumplimiento de ACUAVALLE para suscribir el acta de entrega se cae de su peso dado lo expuesto anteriormente y además, por cuanto el CONSORCIO no estaba en condiciones de acreditar que posea la solvencia necesaria para atender el desarrollo del contrato, así se hubiera hecho efectiva la cesión del componente tarifario del CMI. Prueba de lo anterior es la búsqueda de los créditos que para abril 27 de 2011 realizaba ese CONSORCIO y la ausencia de acreditación alguna de solvencia para ser el ejecutor apropiado del contrato".

3.- En la demanda se reconoce que se dio una "inexistente labor de estructuración por parte del Consorcio Bonus - CIP", razón que "hacía imposible que el sector financiero se interesara en la financiación de este proyecto". Esto demuestra que el CONSORCIO ACUAVALLE 2010 desde un comienzo se encontró en imposibilidad de cumplir el contrato y de atender sus obligaciones económicas y técnicas.

4.- El consorcio propuso a ACUAVALLE la cesión del contrato a un tercero, lo que demuestra la imposibilidad en que se encontraba el contratista para cumplir el contrato.

"Si el CONSORCIO estaba dispuesto a ceder el contrato a un tercero, quiere decir que estaba dispuesto a renunciar a la utilidad esperada de ese contrato, utilidad que ahora pretende reclamar como un lucro cesante que nunca existió, como tampoco existió el daño emergente que alega dado que el contrato terminó de común acuerdo entre las partes, liquidando entre otras cualquier controversia relacionada con el acuerdo que dio origen a este trámite".

5.- El contrato fue terminado de común acuerdo. En el acta de terminación no aparece ninguna referencia a incumplimiento alguno; tampoco se hace referencia al reconocimiento de perjuicio alguno, simplemente se liquidó el contrato conforme a las cláusulas 51 y 55 del mismo. "El CONSORCIO no podría a estas alturas alegar perjuicios de ninguna especie puesto que al terminar el contrato expresando su voluntad de hacerlo, excluye la posibilidad de reclamar cualquier concepto indemnizatorio o dineros relacionados con costos y gastos del proceso. No hay lugar a las indemnizaciones pedidas cuando el contrato dejó de existir por cuanto así lo quisieron aquellas".

Todas las situaciones mencionadas en la demanda, quedaron superadas con la terminación del contrato de común acuerdo, hecho totalmente consentido por las partes.

"Es cierto en cuanto a que *"los representantes del Consorcio accedieron"* a convenir *"la terminación y liquidación del contrato"*. Esta decisión fue tomada de común acuerdo por todos

LAUDO ARBITRAL

los interesados en el contrato 287-2010. De esta manera, al confesar el demandante esa circunstancia, queda absolutamente claro que en función del ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes aceptaron concluir el convenio o acuerdo contractual, sellando de esta manera el paso a cualquier reclamación futura.

...En el acta de la reunión del 5 de Octubre de 2011, suscrita por los asistentes a la reunión, nada se dice acerca de que el Consorcio hubiera planteado que estaba dispuesto a dar por terminado el contrato "siempre y cuando se respetaran sus derechos económicos". Por el contrario, en el acta de la reunión del 18 de Octubre del 2010 dejaron consignado que "Los representantes del consorcio manifiestan su acuerdo en que se liquide con base en lo dispuesto en el Contrato" (Negrilla fuera de texto).

...De otra parte, en esa misma reunión es el CONSORCIO el que propone la terminación del contrato, según consta en el acta de dicha reunión: "SE PLANTEA POR EL CONCESIONARIO LA VOLUNTAD DE TERMINAR Y LIQUIDAR EL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES, LO ANTES POSIBLE, A LO CUAL RESPONDE ACUAVALLE QUE TAMBIÉN EXISTE VOLUNTAD DE TERMINAR Y LIQUIDAR POR MUTUO ACUERDO" (Mayúscula y negrilla fuera de texto).

Esta situación quedó posteriormente superada dada la terminación de común acuerdo del contrato, hecho totalmente consentido por las partes".

Como las partes decidieron terminar el contrato de común acuerdo, cualquier reclamación al respecto es ahora improcedente.

"En ningún momento ACUAVALLE S.A. ESP tuvo responsabilidad alguna en la no producción de utilidades por cuanto, si algo está claro, es que la terminación del contrato fue de mutuo acuerdo. No es culpa de ACUAVALLE, que el contrato haya concluido sin dejar utilidades al contratista como tampoco las dejó a la parte que representa mi mandante..."

"Si el actor consideró que la terminación consensuada del contrato le generó un perjuicio o le impidió obtener alguna otra retribución, ello solo corresponde a su propia culpa, la cual no podrá alegar para justificar su defensa".

"Producida la terminación del contrato por mutuo acuerdo, cualquier liquidación no puede ir más allá de los valores reconocidos en el acta de terminación del mismo pues todos los demás quedan sin efecto al expresar las partes su voluntad para concluir de común acuerdo el contrato".

6.- El pago de la comisión de éxito lo hizo el consorcio al estructurador Consorcio Bonus – CIP. En cuanto a la comisión de éxito ahora reclamada en la demanda, en el acta de terminación del contrato, se dice que esta se debe reclamar al estructurador.

7.- Respecto de los perjuicios contenidos en la reforma de la demanda, en la contestación de la misma se dice lo siguiente:

"PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LOS PERJUICIOS VALORADOS POR EL CONVOCANTE Y SEGÚN SU DICHO, CAUSADOS POR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO.

2.1. CON RESPECTO AL DAÑO EMERGENTE: Si en gracia de discusión tomáramos como el elemento que me impone el pronunciamiento respecto de la pretendida valoración de los perjuicios alegados por el actor como causados al CONSORCIO ACUAVALLE y remitiéndome a su expresión a través de la cual justifica la valoración de esos perjuicios como efecto de la "terminación anticipada del Contrato", debo manifestar al H. Tribunal que objeto esa liquidación y además:

2.1.1. La suma de \$714'124.400 fue efectivamente pagada por ACUAVALLE al CONSORCIO y como efecto del acuerdo que quedó plasmado en el acta de terminación del contrato CONSORCIO ACUAVALLE 2010, tal y como también lo admite el convocante.

2.1.2. Respecto de la suma de \$2.171'084.136 reitero cómo ese valor, dentro del cual se encuentra la ya nombrada comisión de éxito, consta en el acta de terminación del contrato que es una suma de dinero que se debe reclamar al estructurador CONSORCIO BONUS – CIP y dado que esa suma fue cancelada, será quien la pagó, es decir, el CONSORCIO ACUAVALLE

REP

LAUDO ARBITRAL

2010, quien solicite la restitución del valor que en su momento dispuso para dirimir el litigio que había generado el CONSORCIO BONUS – CIP, según lo ha expuesto el actor.

2.1.3. Obsérvese cómo el mismo convocante se remite a la petición del reconocimiento de los valores, que estima como componente del daño emergente y lucro cesante, como causados por la *"terminación del contrato"* o *"por el hecho de no tener que ejecutar el Contrato"*. Si ese contrato terminó de común acuerdo, no existe razón alguna para tratar de obtener una indemnización porque *"el riesgo dejado de correr por el hecho de no tener que ejecutar el Contrato"*, no se debió a un acto aislado de ACUAVALLE S.A. E.S.P., sino que fue concertado entre ésta y el CONSORCIO ACUAVALLE 2010. Esa consensualidad elimina cualquier posibilidad indemnizatoria.

2.1.4. Además, concluido el contrato por un común acuerdo de las partes, admitido por el convocante no habría lugar a daño emergente puesto que éste asumió la conclusión del mismo sobre la base del reconocimiento que se hiciera en el acta de terminación del mismo contrato con base en la forma como este estipulaba.

2.1.5. ACUAVALLE no podía ir más allá de la fórmula contenida en el contrato para liquidar las prestaciones que a su cargo o a su favor pudiesen existir. Además, constituye expresión reiterada del CONSORCIO ACUAVALLE 2010 que su petición está basada en la terminación consensual del contrato, hecho que no puede alegar ahora para pedir unos pretendidos perjuicios que no se dieron, así use todas las fórmulas financieras que crea necesarias para plantear la concreción de los factores que utiliza para precisar los dineros que cree se le adeudan o que representan factores indemnizatorios.

2.1.6. Me opongo a esa *"evaluación razonada"* por cuanto, sin necesidad de mayor consideración, no solo debe ser probada por el actor sino porque todos los conceptos que utiliza decaen totalmente cuando acepta la terminación del contrato por mutuo acuerdo. Es que no puede haber una objeción más razonada que aquella con la cual se muestra al H. Tribunal que si el convocante expresó su voluntad de dar por terminado el acuerdo, no podría tener *"reales expectativas"* derivadas de una *"ejecución de las obras objeto del contrato"* pues si éste terminó de común acuerdo y no hubo ejecución de obras, no hay lugar a precisar con posibilidad de éxito la pretensión indemnizatoria.

2.1.7. Además, la justificación razonada que pretende el convocante está basada en unas hipótesis cuyo fundamento no acredita puesto que se remite a cuanto él considera que su análisis debe estar referido a *"el negocio de construcción de los acueductos y alcantarillados... sin tener el sesgo de buenas o malos contratos de crédito o de consecución de recursos externos"*. Como no hubo inversiones y las condiciones financieras no se dieron, era imposible obtener las *"tasas mejores"* que el contratante podía conseguir. Además, terminado de común acuerdo el contrato, nada podía reclamar el contratista.

2.1.8. Por otra parte, aceptar ahora que se calcule el valor presente con base en una tasa libre de riesgo en moneda constante adicionándole el costo de capital del negocio de construcción y el riesgo país, incorporando a esos datos un *"estimativo en cuanto al riesgo que se dejó de correr por el hecho de no tener que ejecutar el Contrato"*, no puede ser una consideración que permita sostener con éxito la pretensión puesto que si el contrato terminó de común acuerdo, el riesgo de no ejecutarlo quedó superado por la terminación consensual del mismo contrato.

2.2. **CON RESPECTO AL LUCRO CESANTE.** El señor apoderado de la parte convocante presenta al H. Tribunal una estimación *"de las expectativas de utilidad que tenía el Consorcio con la ejecución del Contrato"*. También manifiesta cómo utilizó unos modelos financieros y la metodología que con base en las fuentes de información permiten estimar el lucro cesante y definir la tasa de descuento que permite encontrar el valor presente de aquellos flujos de ingresos, gastos e inversiones. Al respecto debo manifestar que objeto esa liquidación y además:

2.2.1. No es congruente que el convocante reconozca que existió una terminación del contrato generada por el acuerdo que las partes recíprocamente convinieron porque ello desplaza del marco de la decisión del H. Tribunal cualquier consideración que tenga por objeto concluir en una carga indemnizatoria en contra de ACUAVALLE S.A. E.S.P. Y la

LAUDO ARBITRAL

Incongruencia se da cuando por una parte el convocante confiesa que el contrato terminó de mutuo acuerdo y por otra parte, alegando su propia culpa, aduce que las expectativas en las cuales finca su pretensión se vieron frustradas porque no hubo ejecución de obras y porque el contrato terminó anticipadamente. Pero esa terminación anticipada provino del acto libre y espontáneo de las partes, el convocante y la convocada, con lo cual se elimina cualquier responsabilidad de reclamación puesto que los hechos referidos a una Inejecución de obras o unas "reales expectativas económico – financieras del Consorcio... con la ejecución de las obras objeto del Contrato" (Negrilla fuera de texto), como se dijo, quedan completamente eliminadas desde el momento en el cual el convocante admite la terminación del contrato 287 – 2010 de común acuerdo.

2.2.2. Los análisis, conceptos, valoraciones, cálculos, estimaciones, metodologías, fuentes y resultados obtenidos derivan de una concepción o criterio propio del demandante, pero todo ello lo sitúa dentro del marco de lo que él llama "terminación anticipada y liquidación del contrato 287 - 2010".

2.2.3. Todo lo anterior conduce a entender que si en gracia de discusión se asumiera que existen los rubros señalados por el convocante, cifras y conceptos, la terminación consensuada del contrato no permite llevar a feliz término el pretendido reconocimiento de un daño emergente y un lucro cesante alegado por el actor, se itera.

2.2.4. Analizando el contenido de la posición formulada por el actor, creo necesario involucrar a estos pronunciamientos una elemental consideración acerca de las dos etapas contractuales denominadas terminación y liquidación del contrato, para que a través de su diferenciación, se demuestre que existe un concepto equívoco cuando el convocante pretende el reconocimiento de unas sumas de dinero cuando ya la conclusión del acuerdo lo ha limitado.

2.2.5. Terminar implica, según el DRAE¹, "Poner término a algo... acabar... cesar... aniquilar (destruir enteramente)". En otras palabras, es concluir de tal manera que pueda afirmarse cómo esa expresión se relaciona con el concepto de "término", el cual para el mismo DRAE se describe como "Último punto hasta donde llega o se extiende algo... Último momento de la duración o existencia de algo". Esto quiere decir que la etapa que se cierra cuando las partes expresan su voluntad de dar por terminado el contrato, lo destruye y retrotrae al momento anterior al inicio del mismo y si se asumiera que devuelve las cosas al estado en que estaban, dado el acuerdo de terminación contractual, las indemnizaciones decaen totalmente por sustracción de materia.

2.2.6. Liquidar según el DRAE es "Hacer el ajuste formal de una cuenta... Saldar, pagar enteramente una cuenta... Poner término a algo o a un estado de cosas... Liquidar un asunto pendiente... Hacer ajuste final de cuentas para cesar en el negocio..."².

2.2.7. Cabanellas y Alcalá Zamora definen la expresión TERMINAR como "Acabar... concluir"³. También definen la expresión TERMINACION para indicar su significado como "Final, conclusión"⁴.

2.2.8. El mismo diccionario de Cabanellas se remite, al definir el término LIQUIDACION, como "Ajuste formal de cuentas. Conjunto de operaciones realizadas para determinar lo correspondiente a cada uno de los interesados en los derechos activos y pasivos de un negocio, patrimonio u otra relación de bienes y valores... Término o conclusión de un estado de cosas... como causas de la liquidación de los negocios de un comerciante se encuentran: 1ª El cese voluntario"⁵.

2.2.9. LIQUIDACIÓN para Escriche es: "La aclaración y desenredo de algunas cuentas, como las de alguna sucesión o sociedad de comercio"⁶. La expresión LIQUIDACION, la cual

¹Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 10, España, 2001, p. 1468.

²Real Academia Española, Diccionario Esencial de la Lengua Española, Espasa Calpe, 2006, Madrid, p. 898.

³Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, S-2, Editorial Hellosa S.R.L., Buenos Aires, República Argentina, p. 374.

⁴Op. Cit., p. 374.

⁵Op. Cit., p. 214.

⁶ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo III, K – V, Segunda Edición, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, Colombia, 1998, p. 314.

LAUDO ARBITRAL

proviene del latín LIQUIDARE, también se determina como *"ajustar cuentas, poner término a una cosa o a las operaciones de un establecimiento o empresa... La liquidación es, pues, en el concepto de Garrigues el conjunto de operaciones de la Sociedad que tiende a fijar el haber social divisible entre los socios"*⁷.

2.2.10. Con base en lo anterior y en relación con este caso concreto, tenemos dos etapas que son perfectamente escindibles cuando la ausencia de un acuerdo entre las partes impone la precisión de sumas de dinero cuya determinación debe hacerse líquida, es decir cierta. La terminación judicial de un contrato conduce necesariamente a generar los efectos indemnizatorios cuando la conclusión del mismo se dirige contra una de las partes, quedando avante cualquier pretensión. Pero, como lo he venido sosteniendo y lo sostendré en la excepción correspondiente, **la terminación del contrato cuando se produce de común acuerdo, finiquita, es decir, concluye la actividad derivada de ese acuerdo que las partes definen destruir. Y ello arrastra la precisión de cifras puesto que en el ámbito de la consensualidad, al concluir el acuerdo, las partes regresan al estado en el cual se encontraban aún antes de celebrar el contrato.**

2.3. En conclusión, el lucro cesante, el daño emergente y en general las pretensiones indemnizatorias planteadas por el demandante ante el H. Tribunal, decaen totalmente pues la voluntad de los extremos contractuales se orientó a eliminar los efectos que el acuerdo podría haber producido de no darse esa convención.

2.4. Entonces, la terminación concluyó total y definitivamente el contrato. Es decir, a partir de ella no produciría jamás efecto alguno. Hacia atrás las cosas vuelven al estado en el cual se encontraban. La liquidación entonces, ya no opera pues se dará sin créditos o débitos para las partes.

2.5. Obsérvese también cómo es el mismo CONSORCIO el que desarrolla un *"modelo financiero"* respecto del cual *"Los datos relevantes se copiaron textualmente en un modelo simple para calcular los valores presentes"*. Ello indica que no hay una experticia que determine hasta donde llega la procedibilidad de esos análisis financieros, máxime cuando el mismo convocante se remite a *"tasa libre de riesgo... como el rendimiento de los bonos del tesoro de los Estados Unidos de América, emitidos a 10 años según reportó Bloomberg... la tasa de inflación en los Estados Unidos... Tasa libre de riesgo en moneda constante... de las estadísticas del Bureau (sic) de estadísticas laborales del Departamento del Trabajo de los Estados Unidos... el riesgo inherente a la industria de la construcción se toma como el costo del capital de dicha industria analizado en las estadísticas... de la Universidad de Nueva York... Informe diario de febrero 22 de 2012 de Corficolombiana y la Inflación en Colombia se toma de los Indicadores macroeconómicos del Grupo Aval"*.

2.6. Confieso que para mí representa una quimera vincular conceptos económicos que pueden ser reconocidos en los Estados Unidos de América para comparar y emitir criterios que desconozcan la situación financiera del país al momento de celebrarse el contrato. Pero si a ello se agrega la misma confesión del demandante cuando éste admite que al no ejecutar las obras del contrato *"El Consorcio dejó de correr un riesgo operativo"*, no dándose este último, no hay lugar a indemnización alguna. Me remito entonces al análisis que suscribió por el Dr. Mauricio Cabrera adjunté a la contestación de la demanda y que hoy es parte del conjunto probatorio que en forma exactamente igual debe tomarse como resultado de la contestación de la reforma de la demanda.

2.7. Como el actor se refiere a *"los daños que la terminación del contrato 287 – 2010 causó al Consorcio Acuavalle 2010 por gastos e inversiones efectuadas para la ejecución del mismo"*, es imposible desconocer que el lucro cesante y el daño emergente no puede ser materia de reconocimiento porque el contrato 287 – 2010 terminó de común acuerdo. Y si el actor admitió esa terminación, no puede ahora alegar para reivindicar prestaciones su propia culpa o su imprudencia o cualquier hecho que le hubiera llevado a concluir esa contratación. Si terminado el contrato pretende el convocante reclamar *"gastos e inversiones efectuadas para la ejecución del mismo"*, quiere decir que él asumió el destino de los mismos cuando voluntariamente terminó el contrato. Además, no es competencia de

⁷ Diccionario de Derecho Privado, tomo II, G – Z, Reimpresión, Editorial Labor S.A., Barcelona, p. 2553.

LAUDO ARBITRAL

ACUAVALLE asumir el reembolso de las primas relacionadas con las pólizas que emitieron las compañías de seguros y no pagadas por éstas.

2.8. Por estas razones, resulta inane cualquier resultado obtenido de los cálculos hechos por el convocante, circunstancia que deja sin piso el valor total de las pretensiones estimadas por éste, pues constituye un común denominador que enfrente a la reforma de la demanda, la terminación que de común acuerdo convinieron las partes para concluir su relación contractual y obligacional.

2.9. Ésta es una razón de más para, desde ya, oponerme a la evaluación formulada por la parte convocante puesto que al objetar la aparente razonada liquidación que presenta, ello no faculta al CONSORCIO ACUAVALLE 2010 para pedir que un perito evalúe "los perjuicios sufridos por el Consorcio Acuavalle (sic) por la terminación anticipada del contrato... daño emergente... lucro cesante", por cuanto si la terminación se produjo de común acuerdo, no existe perjuicio para reclamar pues las partes convinieron dejar sin efecto cualquier consecuencia posible y que pudiera darse si no hubiese existido esa consensualidad."

B.- Respecto de las pretensiones, el convocado se opone a ellas, entre otras a que se declare la nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o la ilegalidad de los siguientes apartes de la cláusula 55 del contrato 287-2010, denominada COMPENSACIÓN POR TERMINACIÓN ANTICIPADA:

"... Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares."

"... (b) Paz y Salvo

"Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares."

9.- En la contestación de la reforma de la demanda se proponen varias excepciones de fondo, algunas de las cuales serán analizadas por el Tribunal en los considerandos del laudo.

CAPÍTULO IV

EL ACERVO PROBATORIO

1.- PRUEBAS DOCUMENTALES:

Se tuvieron como prueba, con el valor que les asigna la Ley, todos los documentos aportados por las partes.

2.- INTERROGATORIOS DE PARTE:

El 21 de mayo de 2013, se practicaron los interrogatorios de MARIO EDUARDO HERRERA GONZÁLEZ, representante legal de BOGOTANA DE ASFALTOS S.A, de JUAN SEBASTIÁN RIVERA PALACIO, representante legal de INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, de ALFONSO VEJARANO SAMPER, representante legal de VICON S.A.

3.- TESTIMONIALES:

Se recibieron los testimonios de los señores GABRIEL MAURICIO CABRERA GALVIS, CARLOS ALBERTO ORTEGA MARTÍNEZ, PEDRO ABEL LONDOÑO, ALEXANDER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, ÓSCAR LIBARDO CAMPO VELASCO, DIANA PATRICIA VILLEGAS LOAIZA y MARÍA CRISTINA VALENCIA RODRÍGUEZ.

4.- RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS:

La señora DIANA PATRICIA VILLEGAS LOAIZA reconoció los documentos solicitados por la parte convocante tal como se decretó por el Tribunal, los cuales obran respecto de la primera de ellas en el folio 104 del cdno. 3.

5.- DICTAMEN PERICIAL:

El trámite dado a la prueba pericial fue el siguiente:

I). SOLICITUD INICIAL DEL DECRETO DE LA PRUEBA:

La prueba fue pedida por el apoderado de las partes convocantes, en el escrito de la demanda corregida e integrada presentada el 13 de febrero de 2013, (visible a folios 1 a 41 del Cdno. No. 4; demanda).

II). EL OBJETO DE LA PRUEBA PERICIAL:

Cuyo objeto fue dictaminar sobre los perjuicios materiales sufridos por ACUAVALLE-2010 por la terminación anticipada del contrato 287 de 2010, comprendiendo el daño emergente y lucro cesante, por los conceptos no reconocidos en la liquidación de dicho contrato.

III). DECRETO DE LA PRUEBA PERICIAL:

La prueba pericial fue decretada por el Tribunal mediante Auto N° 13 del 17 de abril de 2013, según consta en el Acta N° 8.

IV). DESIGNACIÓN Y POSESIÓN DEL PERITO:

Como perito fue designado el señor JULIO ERNESTO VILLARREAL NAVARRO, quien se posesionó en audiencia realizada el 21 de mayo de 2013 (acta N° 10).

V). AMPLIACIÓN DEL FORMULARIO A ABSOLVER POR EL PERITO:

La parte demandante amplió los puntos objeto del dictamen mediante memorial presentado en tiempo mediante memorial de fecha 21 de mayo de 2013, la cual fue decretada por auto N° 19 de la misma audiencia (Acta N° 10).

VI). EL DICTAMEN PRESENTADO POR EL PERITO Y DETERMINACIÓN DE SU CONTENIDO Y ALCANCE:

Fue practicado por el perito y contestado en la forma como fue solicitado, habiendo sido recibida su experticia el día 30 de julio de 2013 [El dictamen obra a folios 046 a 171, Cdno 9].

VII). TRASLADO DEL DICTAMEN PERICIAL Y FIJACIÓN DE HONORARIOS DEL PERITO:

El Tribunal ordenó correr traslado del dictamen pericial a las partes, por el término de 3 días, por Auto No. 22 de 31 de julio de 2013, dictado en la audiencia de esa fecha, según reza el Acta No. 11. Los honorarios del perito se fijaron mediante auto N° 28 del 10 de septiembre de 2013, acta N° 12.

LAUDO ARBITRAL

VIII). PETICIÓN DE ACLARACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL:

Los apoderados de la parte convocante y convocada en escrito presentado en tiempo oportuno, recorrieron el término de traslado del dictamen pericial, pidiendo aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial.

IX). FIJACIÓN DE TÉRMINO PARA QUE EL PERITO HICIERA LAS ACLARACIONES Y COMPLEMENTACIONES AL DICTAMEN:

El Tribunal, por Auto No. 30 de 10 de septiembre de 2013, dictado en la Audiencia de ese día, según Acta No. 12, concedió al perito el término de diez días hábiles para responder las aclaraciones complementaciones hechas al dictamen pericial.

X). RESPUESTA DEL PERITO A LAS ACLARACIONES Y COMPLEMENTACIONES AL DICTAMEN PERICIAL:

El perito designado, JULIO ERNESTO VILLARREAL NAVARRO, dio respuesta a dichas aclaraciones y complementaciones, en escrito presentado el 8 de octubre de 2013, que en el documento de respuesta se precisan.

XI). TRASLADO A LAS PARTES DEL ESCRITO DE ACLARACIONES Y COMPLEMENTACIONES HECHAS POR EL PERITO AL DICTAMEN:

Por la secretaría del Tribunal el traslado a las partes se efectuó mediante estado del 16 de octubre del 2013, por el término de tres días hábiles.

XII). FORMULACIÓN DE OBJECIONES POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL:

El Dr. LIBARDO SÁNCHEZ GALVES, como apoderado de la parte convocada, presentó objeción al dictamen pericial por error grave, en escrito recibidos el 28 de agosto de 2013 y el 21 de octubre de 2013, visibles a folios 310 a 350, cdno. 9.

XIII). PRUEBAS PARA EL TRAMITE DE LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE DEL DICTAMEN PERICIAL.

El Tribunal de Arbitramento al resolver sobre la petición de pruebas para la objeción del dictamen pericial por error grave, solicitadas por el apoderado de la parte convocada dictó el auto N° 31 de 29 de octubre de 2013, contenido en el Acta N° 13 de la misma fecha en el cual se decretó como prueba el documento presentado por la parte demandada rotulado "análisis de las aclaraciones formuladas por el perito financiero solicitado por el Consorcio Acuavalle 2010", que deberá ser considerado al resolver la mencionada objeción. En la misma providencia se negó el decreto y practica de un nuevo dictamen pericial, y el decreto y practica del testimonio del señor GABRIEL MAURICIO CABRERA GALVIS sin que la citada providencia hubiera sido recurrida por las partes, habiendo quedado ejecutoriada.

CAPITULO V

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos verbales y expusieron sus argumentos para sustentar sus respectivas pretensiones, y entregaron los escritos respectivos [Ver, Cdno 12 folios 1 al 280]. Del propio modo la señora Procuradora Delegada, como Agente del Ministerio Público, presentó en tiempo oportuno su concepto a modo de alegaciones de conclusión (ver, Cdno 12, folios 281 y ss).

SEGUNDA PARTE

EL PROCESO Y LAS ACCIONES QUE SE FORMULAN

Procede el Tribunal a decidir la controversia sometida a su consideración, que está determinada por la demanda reformada e integrada de la parte convocante [Folios 01 a 041, Cdno 4], su contestación y las excepciones de mérito de la parte convocada [Folios 01 a 131, Cdno 8], teniendo en cuenta que en este negocio se cumplen los *presupuestos procesales de competencia, demanda en forma, capacidad jurídica para ser parte y capacidad procesal*, según el análisis que sigue.

El Tribunal hará primeramente el estudio de los aspectos de procedimiento. Enseguida se ocupará de fijar el marco conceptual del acto jurídico, en general, como manifestación de voluntad con trascendencia jurídica. Entrará después a analizar a fondo el contrato celebrado entre las partes, denominado 287-2010 [Folios 411 al 532, Cdno 1-1], el acta de terminación de dicho contrato por mutuo acuerdo con "liquidación parcial del mismo" [Folios 107 a 114, Cdno 1-1], documentos esgrimidos por ambas partes sustantivas y procesales, como apoyo a sus tesis, independientemente de si tal contrato y acta tuvieron validez jurídica, lo cual habrá de ser materia de pronunciamiento posterior en este laudo. El Tribunal se ocupará asimismo de estudiar los HECHOS de la demanda y su contestación, así como las EXCEPCIONES DE MÉRITO y su respuesta, y cada una de las PRETENSIONES sustanciales contenidas en el libelo introductorio y la posición de la parte convocada sobre ellas. Se abordará luego y, de modo amplio, el estudio de las acciones propuestas de NULIDAD ABSOLUTA, INVALIDEZ, INEFICACIA e ILEGALIDAD, y los efectos que deriva el Tribunal de cada una de ellas. Del propio modo el tribunal se pronunciará sobre la defensa de la parte convocada, y como ya se anotó, sobre las excepciones perentorias que formuló. Se analizará a profundidad el tema de la indemnización de perjuicios, y se detendrá en el dictamen pericial, y lo pertinente a si el dictamen pericial puede llegar tener interés jurídico en la definición de la controversia indemnizatoria. El Tribunal estudiará la validez y eficacia de cada uno de los restantes medios probatorios solicitados y practicados, y asignará el valor y mérito probatorio a cada uno ellos. En cuanto a la prueba testimonial (testigos de la parte convocada) verificará la idoneidad de los testigos al no haber tacha suya, por petición comedida de la parte convocante.

CAPITULO PRIMERO

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA DECISION DE FONDO, LAS NULIDADES PROCESALES, Y LAS ACCIONES SUSTANTIVAS EJERCIDAS

I). LOS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA LA DECISION DE FONDO:

El Tribunal procede a su estudio así:

1). Primer Presupuesto: LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:

CLÁUSULA COMPROMISORIA: (contenida en el Contrato N° 287-2010 y en la resolutive cuarta del acta de terminación de mutuo acuerdo y liquidación del mismo suscrita el 13 de diciembre de 2011).

LAUDO ARBITRAL

La competencia del Tribunal para conocer de este negocio está determinada por la Cláusula Compromisoria, contenida en el artículo 51, literal d, del contrato 287 de 2010, celebrado entre CONSORCIO ACUAVALLE y ACUAVALLE, [folios 495, Cdno 1-1], y el artículo CUARTO del Acta de Terminación del contrato, con liquidación parcial, [folio 114, Cdno 1-1]. La transcripción textual de ambas Cláusulas Compromisorias aparece en el Capítulo I acápite titulado 1.- SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL de la parte Inicial o Introdutoria de este laudo.

1.1 La cláusula compromisoria y las pretensiones de la demanda:

Este es un proceso que se ha originado con la demanda propuesta por las sociedades INGENIERIA Y VIAS SAS, BOGOTANA DE ASFALTOS S.A. y VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A., Integrantes del consorcio ACUAVALLE, de fecha 10 de Julio de 2012 (demanda Inicial), [folios 7 al 16 , Cdno 1], parte convocante, contra la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. ESP, parte convocada, en el que se controvierte la NULIDAD ABSOLUTA, INVALIDEZ, INEFICACIA e ILEGALIDAD de los apartes determinados de la Cláusula 55 del contrato 287-2010, celebrado entre el aludido consorcio y la sociedad convocada, como puede verse en el apartado correspondiente de la Demanda, corregida e integrada, visible a Folios 002 al 004 del Cdno 4, que no es menester reproducir aquí, y de la solicitud al reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios, por daño emergente y lucro cesante contra la parte demandada, con base en el artículo Cuarto del Acta de Terminación del contrato por mutuo acuerdo, [Ver, Folios 114, Cdno 1-1], lo cual está conforme a las PRETENSIONES de la demanda, que en síntesis se exponen así:

a). *Primera pretensión principal:* La declaración de haber sido celebrado el contrato 287-2010, antes identificado;

b). *Segunda pretensión principal:* La declaración de nulidad absoluta de los apartes citados de la cláusula Cincuenta y cinco (55) del citado contrato;

Primera pretensión SUBSIDIARIA a la segunda principal: La declaración de ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartes transcritos de la cláusula 55 del CONTRATO 287-2010, cuyo título es *compensación por terminación anticipada*;

Segunda pretensión SUBSIDIARIA a la segunda principal: La declaración de que la Cláusula 55 del CONTRATO 287-2010, denominada *Compensación por terminación anticipada*, no es aplicable a la liquidación de los perjuicios solicitados en la demanda;

c). *Tercera pretensión principal:* Declarar que el aludido contrato fue liquidado parcialmente de común acuerdo por las partes, según consta en el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación del CONTRATO No. 287-2010, de fecha 13 de diciembre de 2011;

d). *Cuarta pretensión principal:* Declarar que la terminación anticipada del citado contrato, a través del acta de terminación de mutuo acuerdo, causó perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante a los convocantes, que no les fueron reconocidos en la liquidación parcial, y que deben ser reconocidos y pagados por la convocada;

e). *Quinta pretensión principal:* Condenar consecuentemente a la convocada a pagar a los convocantes a título de indemnización por daño emergente la suma de \$ 2.396.076.381,00

f). *Sexta pretensión principal:* Condenar consecuentemente a la convocada a pagar a los convocantes a título de indemnización por lucro cesante la suma de \$ 21.781.048.001,00

g). *Séptima pretensión principal:* La actualización de las condenas hasta su pago, por interés bancario corriente o por fórmula de actualización que acoja el Tribunal por depreciación monetaria y costo de oportunidad del dinero;

h). *Octava pretensión principal:* Declarar liquidado el referido contrato; e

i). *Novena pretensión principal:* La condena en costas y agencias en derecho a la convocada.

Se trata, pues, de diferencias *sustantivas* de origen contractual que se hacen fundar específicamente sobre la legalidad del contrato mencionado y su terminación y liquidación, y adicionalmente referentes a la reclamación de indemnización de perjuicios por daño emergente y

LAUDO ARBITRAL

lucro cesante, que deben ser definidas por el Tribunal a tenor de las PRETENSIONES hechas en la demanda corregida e Integrada, la cual recoge, por consiguiente, pretensiones declarativas y consecuenciales de condena.

Las diferencias determinadas por las pretensiones y hechos de la demanda están contenidas en las dos Cláusulas Compromisorias, obrantes en el expediente, la primera en cuanto preveía la definición de conflictos derivados del contrato 287-2010, y la segunda en cuanto a su liquidación contenida en el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo.

1.2 Estudio de las cláusulas compromisorias como presupuesto para definir la competencia de los árbitros:

Con base a lo antes expresado pasa ahora el Tribunal a hacer el estudio de las dos cláusulas compromisorias citadas, a la luz de las exigencias de ley para determinar la competencia para resolver de fondo las controversias aludidas, adoptando el orden de exposición que sigue:

a). El pacto arbitral y sus elementos esenciales:

Dada la naturaleza del asunto, el presente arbitraje tiene carácter *voluntario* y *contractual* (art. 117, Decreto 1818 de 1998). Dicho pacto, por la oportunidad y formas en que las partes lo celebraron adopta la modalidad de *cláusula compromisoria* (art. 117 *ibídem*), cuya consecuencia determina un modo específico de solución de controversias respecto de una situación prevista *ab initio* con carácter eventual, que apareja la exclusión del conflicto del conocimiento de la justicia estatal, y establece una relación jurídica obligacional y vinculante entre quienes lo celebran.

La cláusula compromisoria, además, como forma particular del pacto arbitral, para que adquiera validez jurídica debe reunir los elementos esenciales que son comunes a todo contrato, y los que su propia naturaleza impone. A tales requisitos o elementos de la esencia se contrae el Tribunal para evaluar y concluir acerca de su competencia para decidir el fondo de la demanda, su contestación, y excepciones de mérito, con carácter de cosa juzgada formal y material. Se estudian seguidamente.

b). La supremacía del orden público:

Ello es así porque, la cláusula compromisoria, nacida de la autonomía de la voluntad de las partes sustanciales, tiene como límite el orden público, cuando la voluntad desborda la barrera del interés general. En esencia, es lícito pactar el arbitraje como un recorte a la facultad soberana del Estado para administrar justicia, en un caso particular y concreto, mientras tal facultad no salga comprometida por vía de generalidad. El primer deber, pues, del Tribunal a este respecto es indagar si la celebración del negocio jurídico arbitral viola el derecho público o el interés público. Tal interés, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra consagrado en normas de igual carácter que prescriben ciertos actos como contrarios al derecho público o al interés público (artículo 1521 C.C., y artículo 899 num. 2 C. Co.), o cuando las referidas actuaciones resultan contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Hecho el análisis pertinente, el Tribunal estima que el acto jurídico que dio origen al convenio de las cláusulas compromisorias (contrato 287-2010 y Acta liquidatoria), se encuentra prohiado por las legislación civil (artículo 1494 C.C.) y la comercial (artículo 864), y reglado por ellas en lo general, y asimismo, en particular, por las normas y principios orientadores de la contratación administrativa, y disposiciones que modifican, adicionan o reforman a unos y otros preceptos, y como tal, puede ser objeto de declaración de voluntad con alcance jurídico. No existe disposición legal alguna, que los árbitros conozcan, que prohíba a los particulares (convocantes) y a la convocada (como sociedad prestadora de servicios públicos) celebrar el contrato 287-2010 y su acto liquidatorio, y la celebración del pacto arbitral. Bajo esta particular perspectiva, tanto el contrato "fuente" como las cláusulas compromisorias no vulneran el interés público (Ver, artículos 968 a 980 del Código de Comercio, y 1521 C.C.).

LAUDO ARBITRAL

c). La declaración de voluntad de las partes:

Examinada la declaración de voluntad de las partes en cuanto a las cláusulas compromisorias, concluye el Tribunal que ellas están revestidas de licitud, a la luz de la doctrina civil (art 1495) o comercial (art 864), y de contratación administrativa, para lo cual basta ver que las cláusulas compromisorias, han sido celebradas por personas jurídicas (sociedades comerciales) que, dentro de los límites precisos de su objeto social, podían convenirlas. De otro lado, ninguna de las partes de las cláusulas compromisorias cuestionó en el proceso la capacidad negociadora (entiéndase, de ejercicio) ni el consentimiento real y libre de vicios de la otra parte, esto es, que el PACTO ARBITRAL se hubiera obtenido por error, fuerza o dolo, ni discutió el objeto o la causa lícitos de la referida estipulación arbitral, aunque, una de las pretensiones de la demanda versa sobre la nulidad absoluta de una de las estipulaciones del contrato 287-2010, específicamente, a partes de la cláusula 55 del mismo, lo cual es asunto diferente y materia de decisión en este proceso.

d). La capacidad dispositiva:

Por disposición legal las partes vinculadas a la cláusula compromisoria deben tener capacidad *dispositiva* respecto a la materia que vinculan a la jurisdicción arbitral. En estricto rigor, en el presente caso, la controversia se suscita alrededor de un contrato para la construcción de obras civiles (acueductos y alcantarillados), reglado por disposiciones no sólo convencionales, como es obvio, sino también referentes a la contratación comercial, y adicionalmente por la administrativa, a las circunstancias atinentes a su terminación y liquidación, y a la discusión de los perjuicios reclamados. El carácter patrimonial de la controversia planteada sobre la vida jurídica del mencionado contrato pone de presente que el interés jurídico que se predica del pacto arbitral afecta al patrimonio de las sociedades convocantes (Integrantes del consorcio) y convocada, y que no existe disposición legal o medida judicial que le quite su carácter disponible, por lo cual podía ser objeto específico de declaración de voluntad, para someter a la jurisdicción transitoria y excepcional de los árbitros la controversia sobre dicho interés patrimonial (artículo 116 C.N.). En consecuencia, el contenido de las cláusulas compromisorias vinculantes se encuentra singularizado, no se extiende a otros conflictos por vía de generalidad ni permanencia, y ello trae eficacia a la decisión arbitral.

e). La transigibilidad del conflicto:

La ley dispone que la materia del conflicto debe ser transigible (Decreto 1818/98), porque de no tener ese carácter no habría posibilidad jurídica de pactar el arbitraje. Tres son las cuestiones atinentes al punto: La primera indagación que el Tribunal hace está referida a la *capacidad* de las partes para ejercer derechos por sí mismas, sin el ministerio ni la autorización de otra, que es lo que caracteriza la capacidad de ejercicio, la cual se expresa dentro de su objeto social. En orden a resolver este primer interrogante el Tribunal encuentra probado que las tres personas colectivas de derecho privado vinculadas al arbitraje como *convocantes*, gozan de plena capacidad jurídica *negocial*, porque obraron en el ámbito material del objeto social de cada una, al celebrar el contrato 287-2010, mediante la figura del consorcio, lo mismo que resulta predicable de la sociedad convocada, habiendo sido todas ellas representadas en tal acto jurídico por quienes ejercían su representación legal. El segundo presupuesto que detiene la atención de los árbitros es la capacidad de los contratantes para disponer de su derecho, lo que quiere decir que ellos tengan legalmente la posibilidad de desprenderse de sus derechos personales y patrimoniales. El Tribunal, examinada la naturaleza patrimonial de la controversia, no encuentra evidencia que impida a los contratantes discutir entre sí la existencia de su derecho (personal y patrimonial). Tampoco ninguna de las partes desconoció procesalmente la disponibilidad del derecho por parte de la otra. Finalmente, la inexistencia de norma legal que excluya expresamente a la materia de posibilidad de ser definida por árbitros, luego estamos en presencia de pretensiones presuntamente insatisfechas, de tipo declarativo, y de condena patrimonial.

f). La patrimonialidad del conflicto:

LAUDO ARBITRAL

El conflicto que por esta vía se decide es de contenido patrimonial, en su origen y en sus efectos, luego tiene carácter transigible. Basta recabar que a las solicitudes sobre nulidad absoluta, invalidez, ineficacia e ilegalidad, de apartes de la Cláusula 55 del contrato 287-2010, se sigue la indemnización de perjuicios reclamados de acuerdo al artículo Cuarto del Acta de Terminación del contrato por mutuo acuerdo (a que alude el punto IV denominado LOS PERJUICIOS de la DEMANDA presentada (folios 019 a 026 cuaderno IV) [Ver, en este sentido, ROBERTO VALDES S, (La transacción, pág. 156, 2ª edición, Legis Editores, Bogotá, 1998) y la CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-226 de 17 de junio de 1993 y C-242 de 17 de 20 de mayo de 1997].

g). La forma escrita del pacto arbitral:

A este punto el Tribunal considera que el pacto arbitral, bajo la modalidad de cláusula compromisoria, satisface el escrito, como lo prevén los artículos 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, y conforme a la doctrina sobre el particular, sentada por el H. CONSEJO DE ESTADO [Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 24 de junio de 1996, radicación 838]. En efecto, los documentos contentivos de dicho pacto, el contrato 287-2010 y el Acta de Terminación del mismo, prueban la existencia de las cláusulas compromisorias. Es evidente, por consiguiente, que las partes contratantes han expresado su voluntad de acogerse a ellas, y en tal virtud concurren al proceso arbitral.

h). La fijación del alcance de la cláusula compromisoria:

Como se tiene sabido, la fijación del alcance de esta cláusula es determinante para que los árbitros puedan fijar su competencia, y si ésta es plena o parcial. Bajo este entendimiento, el Tribunal encuentra, hecha la constatación pertinente, que el asunto que motiva el arbitraje encaja dentro del ámbito material de contenido de la estipulación arbitral, como quiera que se refiere al contrato ya citado, y al Acta de Liquidación, donde están previstas, sin exceder su esfera, y que se centran en el debate procesal de si la situación fáctica controvertida finalmente puede llegar a constituir violación del mismo (apartes demandados de la cláusula 55 de dicho contrato) y del Acta de Liquidación, y a generar eventualmente el derecho a la indemnización de perjuicios, que se pretende derivar del acta de terminación y liquidación del mismo.

1.3 El término de duración del proceso arbitral:

Lo referente al término de duración del presente proceso quedó explicado atrás en el acápite denominado TERMINO DEL PROCESO.

Por lo anterior, y bajo esta específica consideración del tiempo, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del plazo expresamente consagrado en la ley.

Por todo lo anterior el Tribunal considera que es competente para decidir la presente controversia por la jurisdicción temporal y excepcional de los árbitros.

2). Segundo Presupuesto: EL CONTRATO No. 287-2010, CELEBRADO ENTRE LAS SOCIEDADES CONVOCANTES Y LA CONVOCADA, Y LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS:

Son fundamentalmente materia de la controversia planteada ante los árbitros los aspectos atinentes a la terminación y liquidación, señalados en la Demanda corregida e integrada y en su contestación, referentes al CONTRATO No. 287-2010, de fecha 26 de noviembre 2010, celebrado entre EL CONSORCIO ACUAVALLE 2010, integrado por las sociedades VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON), INGENIERIA Y VIAS S.A.S., y BOGOTANA DE ASFALTOS S.A. E.S.P., con la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A., E.S.P., ACUAVALLE, que de

LAUDO ARBITRAL

conformidad al literal F de la cláusula Cincuenta y cuatro (54) del aludido contrato, podía ser terminado de mutuo acuerdo, y el alcance Jurídico del Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación, suscrita por las partes contratantes, con fecha 13 de diciembre de 2011.

La parte convocante ha discutido en el proceso que en la liquidación de dicho contrato, no fueron reconocidos algunos ítems por la parte convocada (ACUAVALLE), que podían ser posteriormente discutidos por vía arbitral, tal como se visualiza en el cuadro pertinente transcrito en el acápite anterior titulado "DEMANDA REFORMADA", numeral 14 de la parte INTRODUCTORIA del presente laudo.

Adicionalmente impugna para la eficacia de la reclamación indemnizatoria de perjuicios contra la convocada, los siguientes apartes de la Cláusula Cincuenta y cinco (55) del CONTRATO 287-2010, que a continuación se indica:

"... Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares". [La cursiva es el Tribunal].

"... b). Paz y Salvo

Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares" (...). [La cursiva es del Tribunal].

Con base en el anterior sustrato, la parte convocante formula PRETENSIONES de tipo declarativo y de condena, con carácter principal y subsidiario, que se han resumido antes pero que dada su importancia conviene recalcar aquí:

a). *Primera pretensión principal:* La declaración de haber sido celebrado el contrato 287-2010, antes identificado;

b). *Segunda pretensión principal:* La declaración de nulidad absoluta de los apartes citados de la cláusula Cincuenta y cinco (55) del citado contrato;

Primera pretensión SUBSIDIARIA a la segunda principal: La declaración de ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartes transcritos de la cláusula 55 del CONTRATO 287-2010, cuyo título es compensación por terminación anticipada;

Segunda pretensión SUBSIDIARIA a la segunda principal: La declaración de que la Cláusula 55 del CONTRATO 287-2010, denominada Compensación por terminación anticipada, no es aplicable a la liquidación de los perjuicios solicitados en la demanda;

c). *Tercera pretensión principal:* Declarar que el aludido contrato fue liquidado parcialmente de común acuerdo por las partes, según consta en el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación del CONTRATO No. 287-2010, de fecha 13 de diciembre de 2011;

d). *Cuarta pretensión principal:* Declarar que la terminación anticipada del citado contrato, a través del acta de terminación de mutuo acuerdo, causó perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante a los convocantes, que no les fueron reconocidos en la liquidación parcial, y que den ser reconocidos y pagados por la convocada;

e). *Quinta pretensión principal:* Condenar consecuentemente a la convocada a pagar a los convocantes a título de indemnización por daño emergente la suma de \$ 2.396.076.381,00

f). *Sexta pretensión principal:* Condenar consecuentemente a la convocada a pagar a los convocantes a título de indemnización por lucro cesante la suma de \$ 21.781.048.001,00

LAUDO ARBITRAL

g). *Séptima pretensión principal*: La actualización de las condenas hasta su pago, por interés bancario corriente o por fórmula de actualización que acoja el Tribunal por depreciación monetaria y costo de oportunidad del dinero;

h). *Octava pretensión principal*: Declarar liquidado el referido contrato; e

i). *Novena pretensión principal*: La condena en costas y agencias en derecho a la convocada.

De otro lado, la parte CONVOCADA (ACUAVALLE), mediante la respuesta a los hechos de la demanda, y con argumentaciones jurídicas en consonancia con su posición procesal, se opuso a todas las pretensiones formuladas, principales y subsidiarias, y propuso EXCEPCIONES DE MÉRITO con base en los hechos discutidos y la sustentación jurídica que estimó conveniente a sus intereses procesales, para impedir la prosperidad de cada una de las pretensiones de la parte actora. Ver, Contestación de la demanda, folios 039 a 069 y folios 069 a 119, Cdno 8).

Habida cuenta de lo expuesto por los árbitros al ocuparse de las cláusulas compromisorias (la del contrato y la del acta de terminación), para definir lo atinente a su competencia para decidir la presente causa litigiosa, y considerando el objeto y naturaleza del proceso, en consonancia con las razones de hecho y de derecho esgrimidas por cada parte procesal, sostiene su competencia para conocer y decidir este litigio, tal como lo resolvió en la primera audiencia de trámite [Auto No. 12, Acta No. 8, Folios 60 a 077, Cdno 3].

3). Tercer presupuesto: LA DEMANDA EN FORMA Y LOS DEMAS PRESUPUESTOS PROCESALES

La demanda original, corregida e integrada, presentada por la parte convocante [Ver, folios 01 a 041, Cdno 4], fue admitida por los árbitros, por Auto No. 10 de fecha 14 de febrero de 2013 (Acta No. 6), [folios 45 al 50, Cdno 3], y de ella se corrió traslado a la parte convocada [Folio 048 Cdno 3]. Los árbitros consideran que la reforma de la demanda es procedente, como lo sostuvieron entonces, por haberse presentado antes del decreto de pruebas proferido en la primera audiencia de trámite, fundándose esta decisión en las razones expuestas en el auto admisorio de la demanda, que se reitera en este laudo.

La audiencia de conciliación se celebró de conformidad con lo previsto en el artículo 432 del C. de P. C., (Artículo 141 del Decreto 1818 de 1998).

La convocante y la convocada gozan de plena capacidad jurídica para tener la calidad de parte en este proceso, y además, tienen capacidad procesal para actuar y ejercer todos los actos adjetivos autorizados por la ley. A estas condiciones se agrega que la demanda y la contestación suya, cumplen con los requisitos *formales* establecidos en la ley procesal, con lo cual se configuran los presupuestos procesales (de demanda y contestación en forma) para proceder a emitir la decisión sobre la controversia.

4). Cuarto presupuesto: OBSERVANCIA DE LAS GARANTIAS PROCESALES:

Estudados los factores determinantes de la competencia y los presupuestos procesales, y habiendo hecho los árbitros pronunciamiento acerca de los mismos, corresponde referirse a las **garantías procesales**, con el propósito de concluir sobre el adecuado trámite del proceso y el respeto a las garantías y derechos de carácter adjetivo que tienen los sujetos procesales durante el desarrollo de la *litis*, teniendo siempre presente que el fin de las normas y garantías procesales es la efectividad de los derechos sustantivos de quienes concurren al proceso (artículo 4º, C.P.C.), de lo cual se concluye que las normas procedimentales teleológicamente están dirigidas a garantizar los intereses concretos de derecho privado que corresponden a los litigantes. Siendo ello así, la actuación procesal está llamada a convertirse en una expresión de la jurisdicción que dota de legitimidad y eficacia no sólo la intervención del aparato judicial, en este caso, del excepcional y transitorio de los árbitros, sino también la actuación de quienes concurren como parte al proceso.

LAUDO ARBITRAL

Habida cuenta de que la Constitución Nacional, el Código de Procedimiento Civil, la jurisprudencia y la doctrina, consagran y dan contenido a las garantías y derechos fundamentales de orden procedimental, se procede a verificar que los mismos hayan sido atendidos y satisfechos en forma tal que pueda hablarse de la observancia plena de las formas propias del proceso arbitral, y del ejercicio del derecho de acción, defensa y contradicción, lo cual hace de la siguiente forma:

1). *El debido proceso*: Se ha cumplido esta garantía sometiendo el proceso al procedimiento señalado por la ley, que manda bastantear los asuntos arbitrales mediante la aplicación de las reglas del proceso verbal (artículo 141, Decreto 1818/1998, artículos 428 y 430 C.P.C.), de manera que no se evidencia inadecuación de trámite que pudiera generar una nulidad procesal. De ello dan cuenta todas las piezas procesales de las partes (demanda, contestación, formulación de excepciones de fondo, etapa conciliatoria, práctica de pruebas, y alegaciones); las resoluciones proferidas por los árbitros para despachar aquellas (auto admisorio de la demanda, notificaciones, traslados, cumplimiento de la etapa conciliatoria); decreto de pruebas a petición de parte y de oficio, y citación a alegaciones, etc., y en general, las actuaciones surtidas en el curso de la instancia, lo que se traduce en la observancia plena de las etapas, formas y términos procesales.

La naturaleza del proceso contencioso quedó en este caso fijada por la demanda integrada, de manera que en torno a sus fundamentos de hecho y de derecho y, concretamente, a sus pretensiones, se entabló la correspondiente contradicción litigiosa, en un marco de libertad que permitió a las partes el ejercicio del derecho de acción y de defensa. La demanda integrada fue, por ende, la actuación fundamental que demarcó el radio de acción de la correspondiente contestación, y el punto de partida y de llegada de todas las manifestaciones hechas a la contestación de la misma.

La relación jurídico-procesal establecida al contestarse la demanda se cumplió con el lleno de las exigencias del principio del debido proceso. La relación de *litis dependencia* formada en este trámite arbitral entre la demandada en relación con la demanda, se sujeta al trámite señalado por las normas constitucionales y legales. Así las cosas, existiendo claramente la relación demanda-contestación, y habiéndose trabado la relación jurídico-procesal en torno a los hechos y pretensiones del libelo introductorio, en este caso integrado, los árbitros vienen a decidir ahora dentro del marco petitorio que se controvierte, sin opción de fallar por fuera de las peticiones o más allá de ellas, y tampoco las partes pueden esperar pronunciamiento fuera de esos precisos límites, porque se violaría flagrantemente el debido proceso y las demás garantías de orden procesal. La demanda integrada estableció el polo *personal* de la relación procesal, de una parte, y el contenido *material* de esa misma relación, de ahí que lo que se decida en el laudo deba estar en íntima relación de conexidad con la conducta personal y directa de las partes en el proceso, sin que puedan predicarse los efectos del laudo contra quien no ha sido parte demandante ni demandada en él. En estas condiciones la garantía al debido proceso que el Tribunal arbitral debía dar y, en efecto, dio, se pregonaba del marco de referencia establecido en la demanda, el cual no fue ampliado por otros medios de defensa, distintos a la contestación, a disposición de la parte convocada.

2). *El derecho de contradicción o de audiencia bilateral*: La parte actora o convocante ejerció legítimamente el derecho de acción, y la parte demandada resultó vinculada al proceso mediante demanda a la cual se dio el término legal de traslado para su comparecencia a la causa, y para el ejercicio de su derecho fundamental de defensa. A las excepciones de fondo formuladas por la parte convocada se dio el traslado pertinente a la convocante, para el ejercicio de su derecho a contradecir, y se decretaron las pruebas solicitadas para acreditar su configuración. Por ende, desde el comienzo en que se trabó en legal forma la relación jurídica procesal, ambas partes fueron oídas en todas las etapas del proceso (conciliación, decreto y práctica de los medios probatorios, alegaciones, etc.); se les garantizó la posibilidad de contradecir la prueba en igualdad de condiciones y oportunidades (en particular del dictamen pericial, y el interrogatorio y contra-interrogatorio de testigos), y todas las decisiones adoptadas por los árbitros en las audiencias fueron puestas en conocimiento de la parte demandante y demandada para que pudieran impugnarlas en su debida oportunidad.

3). *El principio de equilibrio procesal*: Las partes gozaron de igualdad o equilibrio procesal en la esfera de su actuación, habiéndoseles dado la debida protección jurídica, en igualdad de condiciones y circunstancias. Del propio modo como la parte demandante reformó la demanda introductoria, la convocada tuvo la oportunidad procesal para informarse de dicha reforma y hacer uso del traslado para oponerse a las pretensiones que contenía. A su turno, la

LAUDO ARBITRAL

demandada tuvo, en pie de igualdad, la posibilidad de formular excepciones y pedir pruebas para su demostración, y la convocante gozó del traslado para pronunciarse sobre ellas. Ambas partes pidieron pruebas, obtuvieron su decreto, adicionalmente intervinieron en su práctica, y pudieron controvertirlas. Al mismo tiempo, las partes del proceso alegaron de fondo clausurado el debate probatorio. Por último, ambas partes gozaron de igualdad de oportunidades para impugnar las decisiones de los árbitros, mediante los recursos que estimaron conveniente formular, y los fundamentaron con entera libertad argumentativa.

El Tribunal destaca que, dada la complejidad del *thema decidendum*, garantizó a ambas partes el derecho a probar los hechos que a cada una de ellas concernía, en particular, los referidos a los actos cuya existencia y validez se discutió, por causa de nulidad absoluta, la ineficacia, la invalidez, entre otras, de modo que mientras se garantizó a la convocante que pudiera demostrar que tales actos eran nulos, o inválidos, o ineficaces, o ilegales, por los medios de prueba que determinó libremente, también permitió que la parte convocada, en idéntico plano de igualdad procesal, intentara probar por los medios legítimos y a su alcance la existencia y validez de los mismos, dándole a la regla *onus probando incumbit actor* un alcance equitativo y garantista. Bajo este aspecto no hay motivo de desconocimiento de la garantía procesal referenciada.

4). *La garantía del principio dispositivo*: Observan los árbitros que en el asunto debatido en el proceso las partes tienen plena capacidad procesal de carácter *dispositivo*, que hace que la materia quede dentro de la esfera de los derechos sustanciales y del interés meramente particular o privado, pesando sobre demandante y demandada la formulación de las argumentaciones debidas en orden a precisar el alcance que una y otra parte le otorgan a esa controversia, estimulando de esta forma la función arbitral y proporcionando a los árbitros los fundamentos fácticos de la sentencia (laudo) mediante actos de postulación (como son la formulación de la demanda, su contestación sin allanamiento, los medios exceptivos, etc.), de modo tal que dicha formulación y contradicción fijan el marco jurídico preciso de las pretensiones, en relación con el cual los árbitros no pueden proferir decisiones más allá de lo que abarque el *thema decidendum*. Bajo otra perspectiva, no existe precepto legal que considere al asunto intransigible. Con todo, frente a cada pretensión y excepción de fondo el Tribunal deberá examinar más adelante su arbitralidad.

Así las cosas, el principio dispositivo, que tiene carácter tutelar, quedó condicionado a las peticiones de ambas partes en el proceso, especialmente por la promoción de la demanda, su contestación y las excepciones perentorias o de fondo. Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente, constituyen el fundamento único de la sentencia o laudo, porque así lo han determinado las partes en litigio, de manera que las partes están gravadas con la carga de las afirmaciones y de las pruebas, puesto que la decisión de los árbitros necesariamente tiene que producirse según lo alegado y probado (*secundum allegata y probata*).

5). *El principio preclusivo y de eventualidad*: Conforme al trámite que corresponde al proceso arbitral, en la instancia se observaron y surtieron todas las etapas o secciones que las reglas procesales fijan, lo que se tradujo en que los actos adjetivos de las partes y de los árbitros, se cumplieran en los términos y oportunidades señalados por la ley procesal, de manera que agotada cada una de dichas etapas iba precluyendo su oportunidad, con lo que se revistió de seguridad al procedimiento y se atribuyó firmeza a las decisiones de los árbitros. Ambas partes gozaron de la oportunidad para atacar y defender sus posiciones en la etapa pertinente del proceso hasta el momento mismo de presentar sus alegaciones de conclusión, tuvieron libertad y discreción para adoptar posturas procesales, y asumir papel activo frente a su propio interés. Algunas peticiones de las partes fueron formuladas con la intención que tuvieran especial pronunciamiento en el laudo y a ellas se contraerá el presente fallo (El examen de las condiciones de los testigos de la convocada, y la objeción por error grave del dictamen pericial, entre otros).

6). *El principio del derecho de defensa*: Por virtud del artículo 29 de la Constitución Nacional, el derecho fundamental de defensa asiste a toda persona llamada a un proceso, en este caso, arbitral contencioso, declarativo y de condena, para hacerse parte en él, defender sus derechos subjetivos e intereses jurídico-patrimoniales, mediante la plenitud de formas propias del proceso, con las mismas oportunidades que la parte actora, disponiendo de iguales medios y términos para pedir, presentar, solicitar e intervenir en la práctica de pruebas. Los árbitros estiman cumplido y observado este derecho fundamental, de orden constitucional, en razón a que la parte convocada al proceso gozó y tuvo la oportunidad y los medios idóneos para:

LAUDO ARBITRAL

- a). Tener conocimiento formal de su llamamiento a un proceso judicial;
- b). Fue notificada debidamente y en legal forma de la existencia del proceso en su contra;
- c). Se le corrió traslado para contestar la demanda y hacerse parte en la causa;
- d). Tuvo la oportunidad y formuló excepciones perentorias o de mérito;
- e). Intervino en la etapa conciliatoria;
- f). Ejercitó actos de postulación;
- g). Fue oída en todas las etapas del proceso;
- h). Todas las providencias dictadas en el curso de la instancia fueron de conocimiento suyo;
- i). Formuló el recurso de reposición contra los autos del Tribunal, cuando lo estimó conveniente o necesario;
- j). Controvirtió las actuaciones de la parte demandante;
- k). Aportó y pidió pruebas e intervino en su práctica;
- l). Objetó por error grave el dictamen pericial;
- m). Estuvo asistida por abogado competente;
- n). Todas las audiencias se llevaron a cabo con su intervención; y
- ñ). Presentó alegaciones de conclusión.

Bajo este entendimiento el Tribunal no encuentra motivo alguno que pueda tener significado de violación del derecho de defensa.

Corolario de lo antes examinado es que las partes procesales:

- a). Gozaron de la garantía del debido proceso;
- b). Se les reconoció el derecho de contradicción o de audiencia bilateral;
- c). Tuvieron igualdad procesal;
- d). Ambas partes gozan de poder o facultad dispositiva procesal;
- e). El proceso se surtió en etapas preclusivas en las que intervinieron ambas partes,
- f). Se garantizó y respetó el derecho al debido proceso, y de defensa.

II). EXAMEN ACERCA DE LAS NULIDADES PROCESALES

Se ocupan los árbitros de examinar lo concerniente a las nulidades procesales en los siguientes términos:

A). Estudio de las nulidades procesales:

Proceden enseguida los árbitros a estudiar, como presupuesto para hacer pronunciamientos de fondo, si en el trámite del proceso se produjo alguna causa de nulidad procesal o de orden constitucional, para extraer las conclusiones pertinentes. Sea lo primero dejar sentado que nuestro ordenamiento procesal civil se acoge al sistema taxativo y restrictivo de las nulidades procesales, de manera que sólo tienen ese carácter las que expresamente prevé la ley. Siguiendo la clasificación legal se procede a examinar primero las que tienen carácter general y posteriormente las especiales (caso de haberlas).

Se despachan de la siguiente forma:

- 1). *Que el proceso corresponda a diferente jurisdicción, y carecer de competencia* (artículo 140, Nums. 1 y 2, C.P.C.);

Siendo la arbitral una jurisdicción que se pone en movimiento en forma excepcional y transitoria, si el proceso no correspondiese al conocimiento de los árbitros debería entonces ser de competencia de la justicia ordinaria (civil). Con todo, como se ha dejado establecido al abocar el examen de las Cláusulas Compromisorias, son los árbitros los llamados a pronunciarse de fondo no sólo sobre la controversia litigiosa, sino también acerca de la validez del pacto arbitral, por el principio universal de la *autonomía* que se reconoce en el derecho arbitral. Tampoco es el caso de

LAUDO ARBITRAL

considerar la falta de competencia de los árbitros para conocer del asunto, porque justamente la existencia del convenio arbitral los habilita para ello (Num. 2).

2). Proceder contra providencia ejecutoriada del superior o revivir un proceso legalmente concluido o pretermitido íntegramente la respectiva instancia:

Del propio modo, como es la primera y única vez que se tramita la controversia, los árbitros en su actuación no han procedido contra providencia ejecutoriada ni tampoco han revivido un proceso legalmente concluido sobre igual materia, y menos puede decirse que se hubiera pretermitido la instancia (Num. 3).

3). Tramitar la demanda por un proceso diferente al que le corresponde (Num. 4):

Como quiera que el proceso a seguir está determinado por el derecho material contenido en las pretensiones, la causal se estructura sólo cuando se escoge un tipo de proceso diferente del asignado por la ley. Es claro que en el presente caso se está ante un proceso de tipo contencioso o controversial, con intereses contrapuestos, en el que se busca que se hagan pronunciamientos declarativos y de condena, pero, cabe anotar que se ha surtido mediante la forma procesal y ritual consagrada en la ley, y ésta dispone que los procesos de carácter arbitral se tramiten con sujeción a las reglas del proceso verbal.

4). Haberse adelantado el proceso después de ocurrida una causal de suspensión o interrupción (Num. 5):

El presente proceso arbitral no ha sufrido parálisis por causa de interrupción (enfermedad o muerte de las partes, etc.) ni tampoco ha sido suspendido y reanudado en forma irregular. Siendo así, los hechos generadores del trámite indebido debieron efectuarse mientras existiera la interrupción o el motivo de suspensión.

5). Cuando se omiten las oportunidades o términos para pedir o practicar pruebas o formular alegatos de conclusión (Num. 6):

Aunque la causal sólo opera cuando se omiten totalmente dichos términos para pedir o practicar pruebas, o para alegar, las pruebas pedidas por las partes en la demanda, en el escrito de su contestación, en la formulación de excepciones de mérito, así como en la tacha de sospecha de testigos, y en la formulación de objeciones por error grave del dictamen pericial, fundamentalmente, que es donde se concentra la actividad probatoria, fueron debidamente decretadas y se practicaron en su totalidad. En lo concerniente a las alegaciones de conclusión se llevaron a cabo en la Audiencia del día 17 de diciembre de 2013, según Acta No. 14, y la Procuradora delegada presentó su concepto-alegaciones en tiempo hábil. Por ende, no hay motivo generador de nulidad procesal por estos hechos.

6). Cuando es indebida la representación de las partes (Num. 7):

En el presente proceso se satisfizo a cabalidad el requisito de la debida representación, porque la persona jurídica demandante actuó por intermedio de apoderado judicial, lo mismo se predica de la parte convocada.

7). No haberse hecho en legal forma al demandado (representante o apoderado) la notificación del auto admisorio de la demanda (Num. 8):

La aludida notificación se hizo personalmente al apoderado de la parte convocada, el 14 de febrero de 2013;

LAUDO ARBITRAL

8). *No haberse practicado en forma legal la notificación a personas determinadas (o el emplazamiento a indeterminados), (Num. 9), o haberse dejado de practicar una providencia distinta de la que admite la demanda (Num. 9, Inc. 2):*

Vista la situación desde el punto subjetivo las notificaciones procesales de todas las decisiones del Tribunal fueron hechas a las partes demandantes y demandada, y objetivamente no hubo una sola providencia que hubiera dejado de ser notificada. En igual forma se notificó de manera legal al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la existencia del proceso arbitral, y contó con la presencia del primero en las diferentes audiencias.

9). *Que la nulidad se presente en la sentencia (laudo), (Inc. 6, artículo 142, ibídem):*

En el presente laudo se descarta de plano haber condenado a quien no ha intervenido como parte en el proceso, o haber declarado probada una excepción no propuesta, o dictarse el laudo contra sentencia ejecutoriada en proceso concluido, o dictarse el laudo encontrándose suspendido el proceso arbitral.

En conclusión: No se generó ninguna causal de nulidad procesal en el curso de esta instancia, como tampoco fue introducida petición alguna de cualquiera de las partes para que fuera declarada una en particular. De otro lado, sí se llegó a presentar motivo de nulidad procesal quedando sancionado el defecto porque las partes no lo alegaron oportunamente, y por haber seguido surtiéndose la actuación sin reproche alguno, según los numerales 1 y 2 del artículo 144 C.P.C. De otro lado el Tribunal expresamente manifiesta que no se formuló ninguna violación o excepción de carácter constitucional por ninguna de las partes.

No se formuló ninguna excepción o violación de tipo CONSTITUCIONAL por ninguna de las partes, y no la advierten los árbitros.

B). El thema decidendum (demanda, contestación, excepciones):

La naturaleza del proceso *contencioso* hace que exista mutua contradicción de intereses entre los interesados, no siendo posible al juez (entiéndase árbitro) resolver solicitud alguna sin antes oír a la parte contra quien se opone, para que ésta pueda ejercer su derecho a la defensa. La demanda es entonces la pieza procesal que determina la iniciación del proceso, en cuanto contiene hechos y pretensiones que deben ser materia de expreso pronunciamiento dentro de los límites de su formulación, encaminada a ser conocida por la parte demandada vía de la correspondiente notificación. La demanda alude al elemento objetivo de la reclamación a la parte contraria, y exige que ésta última haga manifestación contra la situación fáctica y los pedimentos que aquella contiene. El marco de la controversia procesal se sitúa así entre las formulaciones de la parte actora y su contradicción por la demandada, y por las cuestiones especiales que se aleguen de manera exceptiva. Así, pues, notificada la demanda queda trabada la relación jurídica-procesal o lazo jurídico de la instancia, de manera que entre actor y demandado surge una situación de *litis dependencia* que hace que el juez o árbitro se obligue a conocer mediante la realización de determinados actos, las pretensiones opuestas de las partes y a proveer sobre ellas, en los precisos y específicos términos en que ha sido fijado el *petitum*. Dicho de otra forma el juez o árbitro no puede decidir *por fuera de ese marco petitorio que se controvierte ni fallar por fuera de lo pedido ni más allá de su contenido*, y del mismo modo las partes no pueden esperar pronunciamientos por fuera de él. En términos sencillos pero precisos la relación procesal se establece entre las partes demandantes y quien llama ésta al proceso como demandado, y sobre los hechos y peticiones del libelo introductorio.

Desde el punto de vista de los *sujetos* se entiende que forman parte de dicha relación el demandante y quien es llamado por éste al proceso, y no otras personas naturales o jurídicas. Al juez se le proponen los polos personales de la relación jurídica-procesal, expresada de un lado entre el demandante y el ente estatal como administrador de justicia, y entre el demandado y dicho ente. Se trata entonces de una relación procesal pública, formal, y autónoma, que no se establece directamente entre las partes sino por intermedio del juez. Está en la potestad del actor decidir contra quién dirige su acción, y al demandado le toca manifestarse acerca de si los hechos

LAUDO ARBITRAL

alegados y las pretensiones hechas le atañen a él, por lo cual puede aceptarlos, negarlos y discutirlos, en referencia siempre con lo expuesto en el libelo introductorio.

En cuanto concierne al *contenido* de dicha relación procesal la demanda debe establecer su alcance, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la situación fáctica, y las pretensiones que se pide se hagan contra el demandado. El juez debe entonces proveer a la demanda de la parte actora, en consonancia con los hechos personales que puede alegar el demandado a su favor. Se trata, por consiguiente, de hechos propios o personales del demandante y de hechos propios y personales del demandado. Lo que el juez (o árbitro) decida tiene que guardar relación de causalidad y conexidad con la conducta personal y directa de cada parte, de lo que se sigue que no puede imponer ninguna condena contra quien no ha sido parte en el proceso. De otra parte, el demandado está limitado a litigar en causa propia y en el universo del derecho subjetivo controvertido. Tales formulaciones y contradicción fijan el marco jurídico preciso de las pretensiones, en relación al cual los árbitros no pueden proferir decisiones más allá del *thema decidendum*. Así las cosas, el principio dispositivo de las partes del proceso queda condicionado a las peticiones de ambas partes, en particular, por la demanda, su respuesta y las excepciones de mérito formuladas.

Enfatizado lo anterior el Tribunal deja sentado que en presente proceso no hubo contrademanda o demanda de reconvencción, que ampliara el *Thema decidendum* de la demanda, su contestación y las excepciones de mérito.

III). EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE LA DEMANDA:

El Tribunal pasa a determinar las acciones de carácter sustantivo que fueron ejercidas por el representante de la parte convocante, en la demanda corregida y unificada presentada al efecto, con el fin de proceder a su examen a continuación, y concluir sobre cada una de ellas lo que resulte pertinente en el ámbito jurídico. Conviene aclarar que no alude el Tribunal a las "pretensiones" en sí mismas sino a las "acciones" sustanciales contenidas en el libelo introductorio, así:

Son ellas: Las acciones de NULIDAD ABSOLUTA (contenida en la pretensión 2ª principal), la DE INEFICACIA, INVALIDEZ e ILEGALIDAD (referidas en la pretensión 2ª subsidiaria de la segunda principal), todas en referencia con los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato 287-2010, y la consecencial ACCION INDEMNIZATORIA DE PERJUICIOS (daño emergente y lucro cesante), a cuyo efecto solicita la inaplicabilidad de la citada cláusula 55 del contrato a la liquidación de perjuicios, la determinación de que el aludido contrato fue parcialmente liquidado, la condena a la indemnización por daño emergente y lucro cesante, la actualización de las condenas pedidas, y la consideración final que el contrato citado queda definitivamente liquidado (a lo que atañen la Pretensión 2ª subsidiaria de la segunda principal, y las Pretensiones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava principales). Consecuencia de lo anterior procede el Tribunal a examinar las "acciones" sustanciales de que se ha valido la parte convocante en este proceso, en la TERCERA PARTE del presente laudo.

IV. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS POR LAS PARTES Y TERCEROS

Lo pertinente consta en el Capítulo IV num. 4, RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS, de la parte introductoría del presente laudo.

V. DECISION DEL TRIBUNAL SOBRE LA SOLICITUD DEL APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE SOBRE LOS TESTIGOS PEDIDOS POR LA PARTE CONVOCADA

El decreto y práctica de la prueba TESTIMONIAL fue solicitado por ambas partes en el proceso, y a ello accedió el Tribunal por Auto No. 13 de fecha 17 de abril de 2013, dictado en la primera audiencia de trámite [visible a folios 67 a 075 del Cdno 3]. Por consiguiente, se decretaron los

LAUDO ARBITRAL

testimonios pedidos por ambas partes como se indicó anteriormente en el capítulo denominado "Acervo Probatorio". Se hacen las siguientes consideraciones:

a). *En cuanto concierne a la parte convocante:* Esta parte no hizo uso del derecho a la tacha de sospecha de los testigos solicitados por la convocada, mas, sin embargo, solicitó al Tribunal que aunque no hacía uso de dicho derecho fuera aquél cuidadoso y esmerado bajo los parámetros de la valoración de esa prueba testimonial, para sopesar el dicho de cada testigo recibido, y que había sido pedido por la parte convocada, con el fin de concluir si las declaraciones rendidas por ellos debían merecer credibilidad probatoria.

En cuanto a la petición hecha por el apoderado de la parte actora, con relación a los testigos presentados por la convocada, que no constituye formulación de tacha por sospecha, el Tribunal deja sentadas las siguientes apreciaciones:

No puede perderse de vista ni dejar de considerar al respecto que la ley procesal civil reconoce a la parte contraria a aquella que solicita un testimonio, el derecho de formular la tacha de sospecha que alegue estar configurada, presentando la prueba documental necesaria para acreditar los hechos en que ella se funda, o haciendo la solicitud de decreto de las pruebas que estima conducentes y eficaces para la demostración de los hechos que en ese sentido aduzca (artículo 218 C.P.C.). Del mismo modo dicha codificación manda que las tachas propuestas y su prueba sean apreciadas en la sentencia (laudo), (218 *Ibidem*). Al no haber hecho uso de ese derecho la parte convocante, su conducta procesal indica que consideró las circunstancias personales de cada testigo de la contraparte como las normales y corrientes de cada testigo, o que aun teniendo motivos para formular la tacha de aquellos espontáneamente prescindió de hacerlo, lo cual estaba dentro de sus posibilidades procesales de actuación, de lo que se deduce que cada testimonio debe ser examinado por el Tribunal bajo las reglas de la persuasión racional y de la sana crítica (artículo 187 C.P.C.), de modo que el Tribunal tendrá el cuidado y esmero que requiere la valoración de la prueba, para extraer el *dicho del testigo* y asignarle el valor probatorio que toque en cada caso. Siendo ésta una justicia rogada, en la cual los árbitros son independientes de las partes procesales y de los testigos, resulta labor gordiana para los árbitros formularse ante sí y por sí, y sin petición de parte interesada, motivos de posibles o hipotéticas tachas de sospecha de los testigos por parcialidad en su dicho (artículo 217 *Ibidem*), sin conocerlos, de ahí que sea el criterio del Tribunal que todos los testigos deban ser valuados sobre los mismos parámetros de igualdad procesal, para no alterar las reglas de la aplicación de principios constitucionales como la buena fe, el debido proceso y el ejercicio adecuado del derecho de defensa. Arriba el Tribunal a esta consideración por cuanto se presume que todo testigo declara de buena fe, y que su dicho se sujeta a las reglas particulares de la valoración de la prueba testimonial, sin llegar al exceso de considerar que toda declaración de testigo tiene por ese solo hecho pleno valor probatorio. No existe en el expediente circunstancia o motivo alguno que lleve al Tribunal a poner en tela de juicio la declaración de los testigos.

Finalmente, en cuanto toca a esta parte procesal, el Tribunal tiene presente y en cuenta que cada testigo se encuentra amparado por el precedente de orden constitucional, constituido por el principio de la "buena fe", de conformidad con el artículo 83 C.N., que supone su actuación honorable en toda actuación ante la autoridad pública, mientras no se demuestre lo contrario.

b). *En cuanto concierne a la parte convocada:* no formuló tacha de sospecha en relación con los testigos.

TERCERA PARTE

ESTUDIO DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DECRETADOS Y PRACTICADOS

CAPITULO I

LAUDO ARBITRAL

**VALORACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DECRETADOS Y PRACTICADOS
EN EL PROCESO**

Procede el Tribunal ha efectuar la **VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN ATENCIÓN A LOS MEDIOS QUE FUERON ADUCIDOS POR LAS PARTES DEL PROCESO ASÍ:**

1). Prueba Testimonial:

En orden a precisar lo atinente a la "existencia" del testimonio en el proceso, los árbitros hicieron las verificaciones pertinentes en referencia a cada declarante y a su declaración, valiéndose del ilustrado criterio del jurista **HERNANDO DEVIS ECHANDÍA**, y concluye que, al respecto, se cumplen los requisitos que el régimen probatorio exige, porque todas las declaraciones recibidas tienen las siguientes características:

- a). Se trata de declaraciones personales (a nombre propio del testigo y no de otra persona);
- b). Se trata de declaraciones de terceros (que no incluyen ni siquiera genéricamente la calidad de parte);
- c). Se recibieron en calidad de actos procesales (formal y materialmente);
- d). Todas las declaraciones versaron sobre los hechos que se discutieron por las partes convocante y convocada;
- e). Los hechos sobre los cuales depusieron los testigos son anteriores a la recepción de sus respectivas declaraciones, y
- f). Todas las declaraciones gozan de la posibilidad de tener significación probatoria (dependiendo del mayor o menor conocimiento de los hechos por cada testigo).

Ahora, en cuanto respecta a los requisitos de "validez" de los testimonios, luego del examen correspondiente, que se llevó a cabo igualmente sobre la base del criterio del profesor **DEVIS ECHANDÍA**, los árbitros llegan a concluir que las declaraciones recibidas satisfacen las exigencias del régimen probatorio, porque:

- 1). Cada declaración fue oportuna y legítimamente pedida y decretada;
- 2). Los árbitros tienen poder inquisitivo para ordenar los testimonios y atender la solicitud previa y oportuna de petición de la prueba por las partes legitimadas: convocante y convocada;
- 3). Los testimonios fueron recibidos por los árbitros designados por las partes, que no fueron impugnados;
- 4). Los testigos son personas naturales, mayores de edad, con capacidad para rendir testimonio, y no existe motivo que aduzca incapacidad o inhabilidad en los declarantes;
- 5). Los testigos no están afectados de inhabilidad o ineptitud física, moral o intelectual, en el momento y acto de la declaración;
- 6). La declaración de cada testigo se hizo conscientemente, sin presión ni coacción alguna, y tal motivo no fue alegado en su momento por las partes;
- 7). A todos los testigos se les impuso el juramento de ley;
- 8). Las recepción de los testimonios se sometió a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que permitieran el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, y de contradicción;
- 9). No existen motivos de nulidad del proceso arbitral; y
- 10). Los hechos sobre los cuales rindieron declaración los testigos son susceptibles de demostración por este medio y no existe prohibición legal para este caso.

2). Prueba Pericial:

De la valoración de la prueba pericial se ocuparán los árbitros en el acápite correspondiente al estudio procesal de la experticia, en el apartado correspondiente, según la decisión que adopte el Tribunal respecto a las pretensiones **PRINCIPALES** y **SUBSIDIARIAS** de la demanda, que sirven de fundamento a la reclamación de la acción consecuencial de la indemnización de perjuicios.

LAUDO ARBITRAL

3). Prueba Documental:

Los árbitros, previa indagación de lo que obra en el expediente, hizo la siguiente verificación:

3.1 Requisitos para su existencia:

- a). El elemento (escrito) tiene aptitud representativa;
- b). Los escritos dan cuenta de hechos debatidos en el proceso (sobre incumplimiento y perjuicios);
- c). Los escritos tienen significación probatoria (con prescindencia de su eficacia probatoria);
- d). Proviene de las partes en el proceso.

Los requisitos de "existencia" de la prueba documental se deducen de las piezas procesales que seguidamente se anotan:

3.2 Requisitos de su "validez":

Al hacer el Tribunal la verificación de los requisitos de *validez* de la prueba *documental*, concluye:

- 1). Ninguna de las partes ha alegado que los distintos documentos que provienen de sí, o que la otra parte ha aportado, han sido obtenidos en Inconsciencia o por la fuerza;
- 2). Los documentos privados y/o públicos han sido llevados al proceso en legal forma, y tuvieron la oportunidad de ser ampliamente controvertidos;
- 3). Los originales obrantes tienen fuerza de ley, y las copias fueron aceptadas por las partes;
- 4). Los documentos de ambas partes fueron oportunamente llevados y admitidos al proceso en el tiempo debido y con los requisitos de ley.

4). Prueba de la Declaración de Parte:

En relación con las *declaraciones de parte* solicitadas oportunamente, los árbitros encuentran que se reunieron los requisitos para la existencia de cada una de ellas, y los propios de su validez probatoria, porque al efectuar su constatación se acreditó lo que sigue:

4.1 Requisitos de la existencia:

- a). Las declaraciones rendidas provienen de los representantes legales de las partes;
- b). Se trata de declaraciones hechas de modo personal y directo, por dichos representantes;
- c). El objeto de ambas declaraciones fueron los hechos del proceso;
- d). Las declaraciones versan sobre hechos de la parte que absuelve el interrogatorio;
- e). Las declaraciones se rindieron con fines probatorios.

Estas constataciones las hace el Tribunal siguiendo el criterio del Dr H.DEVIS ECHANDÍA [Teoría general de la prueba judicial, Tomos 1 y 2, segunda edición, Víctor P de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1972].

4.2 Requisitos de la "validez" de la declaración:

Como lo hicieron los árbitros para los medios de prueba antes detallados, se comprobó la existencia de los requisitos de *valor* de las declaraciones de parte, rendidas por los respectivos representantes legales de la sociedad convocante y de la sociedad convocada, de modo que queda establecido para todos los casos el cumplimiento de las siguientes exigencias:

- 1). Los representantes legales de las sociedades convocante y convocada son

40

LAUDO ARBITRAL

- capaces, obraron en representación de las sociedades convocante y convocada, según el caso, y dentro del límite del objeto social y de sus atribuciones.
- 2). Las declaraciones se rindieron libres de coacción;
 - 3). Se observaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, para la rendición de la declaración, en cada caso;
 - 4). El proceso arbitral no está afectado de nulidad que afecte a las declaraciones rendidas.

CUARTA PARTE

ESTUDIO Y CONCLUSION SOBRE LAS ACCIONES SUSTANCIALES QUE SE FORMULARON EN LA DEMANDA

CAPITULO I

TERMINACION POR MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO Y SU LIQUIDACION

Hecho el estudio acerca de la TERMINACION del contrato 287-2010, los árbitros concluyen y dejan reconocido que este contrato efectivamente *terminó* entre las partes que lo celebraron, de acuerdo al siguiente acervo probatorio: Según el contenido de las PRETENSIONES 3ª y 4ª de la demanda corregida y unificada, en las que claramente se expresa que terminó de mutuo acuerdo, por lo cual ambas partes reconocen este hecho jurídico. Igual está acreditada plenamente dicha terminación en el HECHO 42 de la demanda [Folio 015 cdno. 4], y en la contestación al mismo, en el punto 1.42 (página 23 de la contestación), [Folio 023, Cdno 8]. Finalmente existe también plena prueba de la terminación de ese contrato según el texto del ACTA DE TERMINACION DE MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACION CONTRATO No. 287-2010, fechada el 13 de diciembre de 2011, aportada en copia como anexo a la Demanda, [documento No. 94 de la demanda, visible a folios 107 a 114 , Cdno 1-1]. En consecuencia es incontestable que dicho contrato fue celebrado, y *terminó* por mutuo acuerdo de las partes.

Como quiera que está probado plenamente que el CONTRATO 287-2010 terminó por mutuo acuerdo de las partes que lo celebraron, los árbitros proceden a hacer el estudio correspondiente a la figura jurídica de la terminación de *mutuo acuerdo* para precisar los efectos que se deducen de dicho modo extintivo, y si lo concerniente a la LIQUIDACION de aquél debe entenderse apenas parcial o es total, a fin de despachar la TERCERA PRETENSION PRINCIPAL.

La terminación del contrato 287-2010 obedece a la autonomía de la voluntad privada, que convierte en ley en sentido particular sus acuerdos, y que como corolario también faculta a las partes para terminarlo estando en curso. Esta doctrina ha sido recogida por la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, aun para contratos de la administración pública, el cual ha dicho que *"En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación cuando ha dicho que "el derecho público impone que los contratos de la administración como en general todos los contratos se celebran con el propósito de cumplirse, de ejecutarse con el cabal y oportuno cumplimiento de las prestaciones a las que tanto la administración como el contratista particular se comprometieron al celebrarlo; pero ello no impide que cuando surjan circunstancias que tornen imposible su ejecución, las partes determinen poner fin a la relación contractual sin que el contrato se haya ejecutado"*, [Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Exp. 10.781, M.P. Ricardo Hoyos Duque]. [subrayado fuera de texto].

Quieren los árbitros ser enfáticos que pese a que las partes contratantes, antes de proceder a terminar el mencionado contrato por mutuo acuerdo, tenían diferencias en las cuales se incriminaban recíprocamente el incumplimiento del mismo, lo que se deduce de la demanda y su contestación, y que al terminar el contrato de mutuo acuerdo declinaron sus pretensiones litigiosas sobre el cumplimiento de aquél, y que a pesar de haber discutido antes tales

LAUDO ARBITRAL

discrepancias para exigir su cumplimiento o la resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios, **optaron libre y espontáneamente en darlo por terminado por mutuo acuerdo**, dejando abierta la posibilidad de demandar ante árbitros por los ítems no reconocidos al consorcio contratista en el acta de liquidación.

El artículo 1602 del Código Civil sirve de fundamento a la decisión extintiva adoptada por las partes, en cuanto la norma expresa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, aunque, sea en gracia de análisis se estuviese frente a un contrato de la administración pública, y no puede ser invalidado **"sino por su consentimiento"** (*mutuum dissensus*) o por causas legales. [Disposición aplicable al C. Co. por mandato del artículo 822]. **Se observa que las partes contratantes tuvieron en cuenta para la terminación del contrato por mutuo acuerdo las condiciones exigidas jurídicamente: Que no existiera prohibición legal de proceder en tal forma (ya que hacerlo no violaba el interés público, ni el orden público, ni norma imperativa, ni la moral o las buenas costumbres), gozaban de capacidad y facultad dispositiva, y la prestación fundamental no se había cumplido.**

Procede ahora el Tribunal a examinar los efectos jurídicos entre partes que la terminación del aludido contrato produce, como presupuesto para determinar las pretensiones de Nulidad Absoluta, Ineficacia, Invalidez e Ilegalidad, de las partes demandadas de la cláusula 55, y si el contrato 287-201.10 se encuentra parcial o totalmente liquidado.

A). El efecto de mutuo disenso (Resciliación):

Sea lo primero expresar que el inciso 1 del artículo 1625 del Código Civil, de tenor literal idéntico al correspondiente chileno (1567), dice: **"Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consentan en darlo por nulo."** [El subrayado es de los árbitros]. Es indiscutible que el contrato 287-2010 ha terminado por MUTUO acuerdo, puesto que ese hecho ha quedado plenamente probado en el proceso. Lo que se indaga es el efecto que la **resciliación** produce entre las partes que la convinieron.

La primera de tales consecuencias es que el **contrato se suprime**, y la segunda que las partes contratantes, como quiera que aquél tenía el carácter de bilateral y, además, de ejecución escalonada o tracto sucesivo, se **liberan de la obligación de seguir cumpliendo** recíprocamente las prestaciones que estaban a su cargo. Por tal virtud, los efectos de la terminación del contrato se producen de manera "firme" e "inmutable", porque si así no fuese, mal podría decirse que las partes van a quedar desligadas o desvinculadas del contrato celebrado, de lo que se sigue que las **obligaciones, mejor, prestaciones de las partes, llegan a su fin, en cuanto concierne a todas ellas.** Es que, justamente, la "firmeza" de la terminación por consenso significa que ello ocurre con **estabilidad y seguridad** jurídicas, con la **consistencia y el convencimiento que la declaración extintiva merece**, y dado que la "inmutabilidad" le imprime carácter de **inalterable o incambiable** con el paso del tiempo. Son las partes las que por su propia voluntad le quitan los efectos al contrato, de ahí que el artículo 1602 C.C., diga que el contrato es **invalidado** por el consentimiento mutuo. No es que a la resciliación se llegue porque las partes vean que el contrato es "nulo" sino que, como el artículo 1602 emplea la voz "invalidado", por lo que debe entenderse que el pacto de terminación tiene la eficacia suficiente para quitarle los "efectos" al contrato, del modo como la nulidad lo hace, se repite, no porque el contrato sea inválido en sí, sino porque la ley quiere aplicar a la resciliación la contundencia de los efectos de la nulidad de los contratos.

Este es el pensamiento de la doctrina nacional, de ahí que los profesores nacionales **GUILLERMO OSPINA FERNANDEZ y EDUARDO OSPINA ACOSTA**, al examinar la expresión dada en el numeral 1 del artículo 1625 C.C., (**darlo por nulo**), dicen que **"... estas voces legales, anular o invalidar, fueron empleadas en tales textos en su acepción general y etimológica, cual es la de dejar sin fuerza un acto, y no como sinónimas de la privación de la eficacia de un acto que adolece de un defecto para su formación o para su validez, pues el citado art. 1602 parte del supuesto de que el acto susceptible de ser invalidado por la voluntad de los agentes ha sido legalmente celebrado, o sea, sin defecto que lo condene a la Ineficacia..."**, [cursiva fuera de texto], lo que, sencillamente, significa que la resciliación obra con el mismo efecto extintivo o del modo como lo hace la nulidad, de la manera o forma en que actúa una invalidez, mas no porque el acto en sí mismo haya nacido

LAUDO ARBITRAL

ineficaz [Ver, Teoría general de los actos o negocios jurídicos, pág. 527, Editorial Temis, Bogotá, 1980].

Así las cosas, la resciliación hace que el contrato desaparezca del ámbito jurídico, lo que trae como consecuencia que los contratantes dejan de ser partes, las prestaciones recíprocas o bilaterales ya no existirán ni podrán exigirse, y ninguna de las partes que intervino como celebrante tendrá acción contra la otra para demandar su cumplimiento o la resolución por incumplimiento, con los derechos consecuenciales jurídicos que de cada caso se derivan. Con suma razón, expresa el profesor LUIS CLARO SOLAR que: *"Al dar por nula la obligación la parte acreedora [deben entenderse ambas desde que el contrato era bilateral], que de este modo renuncia al derecho que tiene a la prestación, se desprende de un bien incorporado a su patrimonio con el otorgamiento del contrato primitivo que va a quedar sin efecto; es decir, enajena algo que le pertenece; y por lo mismo, se requiere que las partes interesadas en la prestación, sea unilateral o bilateral el contrato, sean capaces de disponer libremente de lo suyo, para que puedan otorgar la nueva convención en que consienten dar por nula la obligación a que el contrato anterior dio nacimiento"*. [Ver, ob cit., pág. 40]. [Las cursivas del texto son del autor].

Por su parte, el profesor ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ y otros, afirman sobre los efectos de la resciliación: *"Este fundamento no es otro que el principio de la autonomía de la voluntad, que es un principio de derecho privado en virtud del cual el autor o autores de un acto jurídico tienen la facultad de celebrarlo libremente y determinar a su voluntad su contenido y efectos, sin otra limitación que la de respetar las leyes relativas al orden público y las buenas costumbres..."*, y agrega que merced *"... al principio de la autonomía de la voluntad se explica que las partes que crearon el vínculo jurídico mediante su manifestación de voluntad, puedan también extinguirlo por otra manifestación de voluntad contraria a la anterior"*, [Pág. 113], y concreta los efectos de la extinción por mutuo acuerdo precisando que *"Los efectos del mutuo acuerdo son los mismos de todos los modos de extinguir. Se traducen en desligar a las partes del vínculo de la obligación; poner fin a éstas, a sus accesorios, garantías, etc."* [Pág. 114]. [Ver, ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA U, Y ANTONIO VODANOVIC H, Tratado de las Obligaciones, Volumen III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004]. [Negritillas fuera de texto].

La jurisprudencia nacional confirma lo dicho: CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 18.169, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Las partes celebraron una convención extintiva, y lo hicieron válidamente conforme a los artículos 1495 (convención), 1602 y 1625 C.C., de la rama misma del derecho privado, al cual pertenece el contrato 287/2010, cosa que no se controvertió, y como la propia demandante lo afirma en sus alegaciones de conclusión, [pág. 908, # 1]. [Ver, artículo 32, Ley 80/1993; artículo 32, Ley 142 de 1994, declarado exequible por la CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, modificado por el artículo 3 de la Ley 689/2001]. [Ver, también, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-736 de 19 de septiembre/2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

La posibilidad de que los contratos en general pueden darse por terminados en forma *anticipada a su vencimiento* en virtud de decisión concertada de las partes, es la forma normal de terminación de los contratos bilaterales de derecho privado, y no se excluye en la contratación administrativa (aunque con ciertos condicionamientos), la cual ha tenido aceptación en la doctrina sobre la base de considerar que si la administración puede, dentro del desarrollo del contrato en ejercicio de poderes exorbitantes, tomar decisiones unilaterales en aras del interés público, como la declaración unilateral de caducidad, la terminación por graves motivos que lo hagan inconveniente, la interpretación, etc., con la obligación consecuente de reparar los perjuicios que cause, también puede darlo por terminado mediante acuerdo con el contratista si las circunstancias sobrevinientes en su ejecución impiden su cabal cumplimiento [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo/1992, Exp. 6435].

Ahora bien, respecto de los efectos de la terminación por mutuo acuerdo, el CONSEJO DE ESTADO también se ha pronunciado en los términos siguientes: *"De conformidad con el artículo 1602 del mismo Código todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales. Este mutuo disenso, como modo de extinguir obligaciones, está consagrado en el inciso primero del artículo 1625 ibidem. Este acto jurídico está llamado a producir los efectos buscados en él, entre los cuales tiene que destacarse para los efectos de este proceso, la expresa y mutua manifestación de exoneración*

LAUDO ARBITRAL

de responsabilidad con el efecto vinculante que impide a las partes reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento". [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de enero/1985, Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy, Exp. 3344].

Siendo, pues, que las partes pueden *invalidar* el contrato por mutuo acuerdo (1602 C.C.), con el efecto equivalente al de la nulidad, que es la figura jurídica que expresa típicamente la *invalidéz* (Inciso 1, 1625 y 1602 C.C.), los árbitros llegan a la conclusión que el mutuo disenso o convención extintiva deja inexistente el contrato, según la doctrina ya examinada, lo que trae aparejado que los contratantes pierden o no conservan en lo sucesivo la calidad de partes, por lo que las prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de cada una de ellas (dado que se habla de un contrato bilateral) tampoco continúan, las cuales ya no existirán ni podrán exigirse, y ninguna de las partes que intervino como celebrante del contrato tendrá acción contra la otra para demandar su cumplimiento o la resolución por incumplimiento, con las consecuencias jurídicas que de cada caso se derivan.

A esta misma conclusión llega la jurisprudencia cuando afirma que "... Ahora bien, por ser la terminación por mutuo acuerdo, en principio, no habría lugar a indemnizaciones ni reclamaciones posteriores de las partes fundamentadas en el período restante que faltaba por cumplir del contrato de 1997 ni en el acto que lo extingue, pues, como se dijo, tiene que presumirse que esa estipulación de finalizar el convenio jurídico es el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, excepto, como también ya se vio, que mediara un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) u otra causal de nulidad del negocio jurídico, que conduzca a la invalidación de la misma, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en las mismas. Premisa que también se fundamenta en el principio de que no es ilícito a las partes venir contra sus propios actos "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas" [CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección B, Sentencia de 26 de julio de 2012]. [Cursiva fuera de texto].

Por eso, la resciliación, vista y entendida como regla general, (aun en los contratos administrativos, con todo y sus condicionamientos) *no tiene efectos extintivos parciales*, entendiéndose bien, frente al contrato, esto es, que una parte o porción del contrato se extingue por la voluntad de las partes, y otra porción queda subsistente. Es claro que, en principio, el mutuo disenso extingue el contrato de manera plena, total, desvincula para siempre a las partes, y no deja rastro alguno de su antigua relación jurídica obligacional, por lo que habrá que estudiar si pese a esa extinción es procedente alegar alguna estipulación suya por motivos de invalidez o nulidad del contrato, en este caso, de los apartes demandados de la cláusula 55 del mismo. La jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de tiempo atrás ha sostenido que "...la primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otras denominan "mutuo disenso" o "distracto contractual", es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que "toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula". Nuevamente, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, concretó el efecto de la resciliación admitiéndolo como un modo "extintivo" del contrato, y lo expresó así "...La conducta reiterada de los contratantes de alejarse del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, solo puede considerarse y, por ende traducirse, como una manifestación clara para anular el vínculo contractual..." [Ver, Sala de Casación Civil, sentencias de 5 de noviembre/1979, G.J., Tomo CLIX, pág. 306. [Ver, adicionalmente, Sala de casación civil, sentencias de 16 de julio/1985, G.J., Tomo CXXX, pág. 125; 7 de junio/1989, G.J., Tomo CXCVI, pág. 162; 1 de diciembre/1993, G.J., Tomo CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre/1998, G.J., Tomo CCLV, pág. 588; 12 de febrero/2007, Exp. 00492-01, y 14 de agosto/2007, Exp. 08834-01]. [Negritas fuera de texto].

B). El efecto jurídico del mutuo disenso, desde la perspectiva de su regla general:

Tomada la regla general del principio del *mutuo disenso*, expuesta al final del literal anterior, se llegaría a la conclusión que en cuanto a la LIQUIDACION del contrato debería seguirse la misma

LAUDO ARBITRAL

regla porque donde hay el mismo predicado debe producirse el mismo efecto, lo que llevaría a que los contratantes no tenían permiso o autorización legal para alterar los efectos extintivos de los actos y contratos señalados por el orden jurídico y, en particular, del mutuo disenso.

Bajo esta consideración, cuando las partes, sin dejar expresada ninguna consideración especial, terminan el contrato por resciliación, se entiende que queda de una vez liquidado y que desaparece toda relación jurídica entre los contratantes a futuro, porque en la convención extintiva no hubo "reserva" de asuntos o materias ni sobre sus accesorios y garantías, así como sobre las acciones sustanciales de una contra otra. Por eso dice el profesor CLARO SOLAR sobre la conclusión que se saca sobre el mutuo disenso visto en sus efectos como "regla general" que "... *Darla por nula*, refiriéndose a la obligación, tiene el mismo sentido que la expresión "*ser invalidado por su consentimiento mutuo*" de que se sirve el art. 1545 [exactamente igual al inciso 1 del artículo 1625 del C.C.C.], [La cursiva es de los árbitros], con respecto al contrato que las partes que lo celebraron convienen en dejar sin efecto, según lo que hemos explicado. *Darla por nula*, es tenerla por inexistente; negarle sus efectos: la obligación no adolece de vicio alguno que la anule; ni está sujeta a un evento que la resuelve; es una obligación perfectamente válida y que las partes interesadas extinguen libertando al dador de la prestación y *privando al acreedor del derecho correlativo que ya no podrá exigir en la prestación misma, ni en la forma de una indemnización de daños y perjuicios*. Ese es el sentido general de los efectos de la resciliación, a menos que en la terminación o liquidación del contrato las partes hagan previsiones especiales. [Ver, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Vol. VI, pág. 39, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979]. [Las cursivas del texto son del autor]. La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, asigna a la resciliación el alcance de la "*destrucción*" por consenso, y no por otra causa legal diferente, de lo que deduce la corporación que se deja sin efecto es porque de esta manera lo han querido las partes, sin estar afectado el contrato por ninguna condición resolutoria o vicio de nulidad [Ver, Sentencia de 9 de mayo/1938].

- C). La terminación del contrato 287-2010 por vía de mutuo acuerdo, no siempre impide la liquidación parcial del mismo por vía judicial o arbitral;

Han dejado dicho los árbitros, en el literal anterior, que los contratos pueden terminarse de mutuo acuerdo, lo cual es predicable del contrato 287-2010, como lo tiene reconocido la jurisprudencia [CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 22 de junio de 2011, Exp. 18.169, M.P. Ruth Stella Correa Palacio], que opera en el caso presente por el consentimiento expreso de los contratantes. Esta forma de extinción, que es propia del derecho privado, al amparo de los artículos 1602 y 1625 C.C., encuentra también aplicación en el arbitraje en que debaten las controversias con entidades prestadoras de servicios públicos.

Lo que interesa ahora a los árbitros es definir si en el caso del contrato 287-2010 celebrado entre ACUAVALLE y el CONSORCIO-2010, las controversias surgidas con causa en la liquidación del mismo, podían ser materia de discusión en proceso arbitral, frente al "efecto" que en general se predica del mutuo disenso. La situación, aunque en apariencia compleja, se resuelve con relativa facilidad.

Si la "terminación" del contrato por mutuo acuerdo (o resciliación o convención extintiva) se hace en forma tal que las partes contratantes no hacen reserva de ninguna clase a cuestiones que quedan pendientes de definición, o que habiendo sido discutidas no se logró acuerdo en torno a ellas, con lo cual se deja a la parte que alega el pretendido derecho subjetivo a acudir a los órganos jurisdiccionales, no nace el derecho sustancial para reclamar por vía judicial porque se entiende que el efecto de la terminación por mutuo disenso ha sido plena. Mas, cuando los contratantes al hacer la terminación y consiguiente *liquidación* del contrato expresamente manifiestan que ciertos conceptos y/o valores no quedan reconocidos en el acta correspondiente, de lo cual se deja constancia literal y expresa, esto es, se indica cuáles materias fueron aquellas respecto a las que no hubo acuerdo, estableciéndose los montos que sirven de base a la reclamación, y, además se acuerda que el contratante inconforme, que estima estar afectado por el no reconocimiento y pago de dichos conceptos o valores, puede acudir ante los órganos jurisdiccionales para que sea la justicia la que decida el conflicto de intereses, lo que da pie al debate de las acciones sustantivas correspondientes [Como lo enseña el profesor HECTOR JORGE ESCOLA, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I, pág. 476, ediciones

LAUDO ARBITRAL

Depalma, Buenos Aires, 1977). En el caso que ocupa a los árbitros es evidente que el documento conocido como Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación, del contrato 287-2010, las partes contratantes terminaron el contrato por su voluntad (mutuo disenso), [Ver, folios 107 a 114, Cdno 1.1], con lo cual extinguieron las obligaciones contratadas, y encaminaron su querer jurídico a la extinción del contrato, sin que haya duda que esa era la intención real e inequívoca de las partes [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 5 de julio de 1983], pero, adicionalmente, los propios contratantes hicieron *reserva de materias* en que no hubo acuerdo liquidatorio, como lo pone de presente el numeral Cuarto de la mencionada acta, que en lo fundamental y pertinente a este específico asunto, reza literalmente: *"En vista de que las partes no llegaron a un acuerdo en relación con las demás pretensiones del CONSORCIO ACUAVALLE 2010 las cuales se encuentran relacionadas en el cuadro incluido en el punto 23 de la presente acta, las partes quedan en libertad de acudir a un Tribunal de arbitramento para que resuelva definitivamente la disputa, según los términos de la cláusula 51 del contrato, sin necesidad de acudir previamente a arreglo directo, conciliación o amigable composición"*.

En tales términos, los árbitros no abrigan duda que la parte convocante podía reclamar por vía arbitral, la definición de la controversia sobre las materias en que no hubo acuerdo. Es indudable igualmente que en tales circunstancias le corresponde a la parte actora alegar y probar las razones de hecho en que amparó su pretensión sobre el derecho sustantivo a discutir, mediante las impugnaciones que considerara jurídicamente idóneas, que en la demanda se concretaron en la *nullidad absoluta, la ineficacia, la invalidez y la ilegalidad* de los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato 287-2010. La doctrina y, en particular, la jurisprudencia ha señalado que tales alegaciones deben hacerse y demostrarse plenamente, para poder obtener la indemnización de perjuicios contractuales, como lo tiene fijado el H. CONSEJO DE ESTADO, en sentencia cuyos apartes ya transcritos volvemos a insertar aquí por lo relevantes que resultan al caso: *"... Ahora bien, por ser la terminación por mutuo acuerdo, en principio, no habría lugar a indemnizaciones ni reclamaciones posteriores de las partes fundamentadas en el período restante que faltaba por cumplir del contrato de 1997 ni en el acto que lo extingue, pues, como se dijo, tiene que presumirse que esa estipulación de finalizar el convenio jurídico es el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, excepto, como también ya se vio, que mediara un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) u otra causal de nulidad del negocio jurídico, que conduzca a la invalidación de la misma, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en las mismas. Premisa que también se fundamenta en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos "venire contra factum proprium non valet", que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas"* [Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección B, Sentencia de 26 de julio de 2012].

La misma Corporación pública, al referirse al asunto había manifestado antes que *"...El acta que se suscribe sin manifestación de inconformidad sobre cifras o valores y en general sobre su contenido, está asistida de un negocio jurídico pleno y válido, porque refleja la declaración de voluntad en los términos que la ley supone deben emitirse, libres o exentos de cualquiera de los vicios que pueden afectarla. De debe tener, con fuerza vinculante, lo que se extrae de una declaración contenida en un acta, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en él..."*, y más adelante agrega: *"...Ahora bien, si dicha liquidación ha sido suscrita con salvedades y en ese mismo momento, que es la oportunidad para objetarla, alguna de las partes presenta reparos a la misma, por no estar de acuerdo con los valores expresados en ella o porque considera deben incluirse algunos conceptos que no fueron tenidos en cuenta, debe manifestar con claridad que se reserva el derecho de acudir ante el organismo jurisdiccional para reclamar sobre aquello que precisamente hubiere sido motivo de inconformidad, pero únicamente respecto de temas puntuales materia de discrepancia que quedaron consignados en ella."* [Ver, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de junio de 1995, Exp. 9965, M.P. Daniel Suárez Hernández].

En efecto, en el acta citada se hizo reserva de materias y se acogió la vía arbitral para definir el conflicto, lo que confirma el requisito de procedibilidad que debía formalmente satisfacer la parte contratante-convocante para iniciar el presente proceso.

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO PORMENORIZADO DE LAS PRETENSIONES

PRETENSION PRIMERA PRINCIPAL: EXISTENCIA DEL CONTRATO 287 DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010

A tenor de lo solicitado por el apoderado de las partes convocantes, el Tribunal ha procedido a verificar si realmente el contrato 287-2010 fue celebrado entre la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A., E.S.P., (ACUAVALLE S.A. E.S.P.), y las sociedades VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON), INGENIERIA Y VIAS S.A.S., y BOGOTANA DE ASFALTOS S.A., en su calidad de miembros del CONSORCIO ACUAVALLE-2010, habiendo obtenido como resultado que dicho contrato fue celebrado entre las mencionadas partes, el 26 de noviembre de 2010, como queda demostrado plenamente conforme a copia del documento que lo contiene íntegramente, obrante en el expediente [Folios 411 a 532, Cdo 1.1].

CAPITULO TERCERO

EL ACTO JURIDICO, SUS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ, COMO PRESUPUESTO PARA RESOLVER LAS PRETENSIONES SUBSIGUIENTES

Este estudio lo adelantan los árbitros como presupuesto del tema correspondiente a la SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL y de la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA de la SEGUNDA PRINCIPAL, referente a la INEFICACIA en sus diversas manifestaciones (PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL).

El estudio se hace de la siguiente forma:

1). REQUISITOS DE LA EXISTENCIA Y EFECTOS

El acto jurídico (unilateral o bilateral) tiene efectos trascendentales en el funcionamiento de las normas jurídicas y en la producción de sus efectos, como quiera que el presupuesto esencial de éstas radica en el ordenamiento de la actividad de los sujetos de derecho en la vida social. Corresponde pues a las normas jurídicas establecer el papel y los efectos que en la esfera del derecho desempeña el acto o negocio jurídico, como situación proveniente de la realización de una actuación voluntaria lícita o ilícita, que, por un lado, interviene o se encamina, por disposición legal, directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos, como en la celebración de los contratos, o por otro está llamado a producir tales consecuencias por el solo ministerio de las normas jurídicas, con independencia de la voluntad del interviniente, como ocurre con los delitos penales. Esta doble categoría lleva a estructurar situaciones jurídicas diferentes, dando origen a los actos jurídicos lícitos y a los ilícitos.

a). *Precisión sobre la noción y naturaleza del acto jurídico ilícito:*

Centrando la atención del Tribunal a la primera de tales manifestaciones, *el acto jurídico ilícito*, comúnmente conocido como *negocio jurídico*, aparece éste como un comportamiento voluntario, que se dirige directa y conscientemente a la producción de efectos jurídicos, lo que significa que el acto jurídico tiene en su origen y formación la intervención de la *voluntad* del sujeto que lo crea, como lo reconoce la tradicional doctrina civilista francesa generalmente aceptada. Tales actos o

LAUDO ARBITRAL

declaraciones de voluntad pueden ser simples o complejos, en la medida en que el acto jurídico requiera una sola voluntad o dos o más para su nacimiento. El derecho, sabiamente, no parte de consagrar en el ordenamiento positivo cada actividad o relación social que se desenvuelve en una declaración de voluntad, lo que resultaría estéril e inoficioso, porque la estructura social inmediatamente la dejaría anacrónica, sino que opta por reconocer a la voluntad de los sujetos la eficacia necesaria para que su conducta social quede reconocida por el ordenamiento jurídico. Es este el reconocimiento que el derecho hace a la *Iniciativa privada* para interactuar en todas las manifestaciones de la actividad social. Consagra entonces el postulado de la *autonomía de la voluntad contractual o negocial*, con el fin de reconocer que las conductas lícitas tengan abrigo legal y se garantice la producción de los efectos en el mismo campo a las declaraciones de voluntad que resulten eficaces. Con todo, la iniciativa privada y la autonomía de la voluntad en la creación de actos o negocios jurídicos, no es absoluta y sufre recortes de diverso carácter en primacía del interés público. *Lo interesante de este postulado está en que los sujetos de derecho, por su sólo querer, son capaces de dar origen a vínculos obligacionales, y de establecer ante tales relaciones jurídicas los efectos que en cada caso resultan propios.*

Con prescindencia del debate acerca de las teorías que buscan explicar el alcance filosófico de la autonomía de la voluntad en el origen del negocio jurídico, no se falta a la verdad si se da por sentado que la legislación civil colombiana, reconoce a la iniciativa privada efectos suficientes entre sus autores, siempre que no vulnere el derecho de terceros ni el interés público, de modo que la regla es la libertad de contratación, y la excepción el interés ajeno o el comunitario, por eso, son los sujetos de derecho quienes están llamados a concretar el contenido, los requisitos, condiciones, modalidades y efectos que ontraña su declaración de voluntad. *Por ello, las normas jurídicas que reglamentan el ejercicio y alcance de las declaraciones de voluntad, no son en sí mismas una cortapisa o limitante a su libertad de actuación, sino la garantía de protección a sus intereses personales, a los de terceros, y a los de la sociedad.* Lo cual tampoco significa que la manifestación de voluntad pueda ser autárquica o a ultranza, sino que debe expresarse a tenor de la ley, para que adquiera la eficacia que por anticipado y en forma abstracta se le reconoce, porque sólo así la manifestación de voluntad puede convertirse en el punto de partida de cualquier situación negocial o contractual, y sólo de esa manera podría vincular a la otra parte del negocio jurídico (artículo 1602 C.C.). En tal caso el acto o contrato es ley para las partes, pero, es ley en sentido particular cuando satisface los requisitos que aluden a su existencia o que hacen referencia a su validez, porque sólo así quedan *legalmente* celebrados. Situadas las partes en este marco de legalidad, se entiende que por el efecto del postulado de la autonomía de la voluntad, los preceptos normativos del derecho positivo en materia de actos y declaraciones de voluntad, en ocasiones sean *imperativos* y que, por lo general, tengan carácter supletivo, de manera que por virtud de dicha libertad de concertación restringida pueden las partes modificarlos o derogarlos [No habiendo estipulaciones en uno u otro sentido tales preceptos se convierten en elementos naturales del acto o negocio jurídico].

Con el propósito de proteger el derecho ajeno y el interés público, la normatividad interviene básicamente estableciendo requisitos para la existencia del acto o contrato, y condiciones para dotarlo de validez o eficacia, y en uno y otro caso determina los efectos que corresponden. En la primera situación el ordenamiento actúa para dar certeza a los sujetos que su actuación ha nacido y pertenece a la esfera del derecho, y en el segundo, *limita los efectos que asigna al negocio jurídico sano*, y bajo esa premisa fija las condiciones de existencia y de validez a los actos y declaraciones privados.

Conforme a lo dicho se tiene entonces que el acto o negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente orientada a producir efectos de igual naturaleza. Desde el punto de vista epistemológico la noción dada es perfecta por cuanto dejar ver con sentido lógico los dos elementos que sustentan la idea y le dan identidad: la declaración o manifestación de voluntad del agente o agentes que intervienen en su nacimiento, y la finalidad u objetivo que se persigue con la emisión del querer jurídico, que no es otra cosa que producir consecuencias en el plano del derecho. La meridiana claridad de esta definición hace que al ser examinada desde la perspectiva de la filosofía del derecho y, más concretamente de la ontología jurídica, represente un pensamiento completo que da contenido cabal a dicha noción. Esa dimensión permite entender que los viejos cánones que sólo reconocían capacidad volitiva a los seres humanos, están hoy superados por la doctrina que atribuye personalidad a los entes públicos y privados, a los cuales reconoce paralelamente capacidad para hacer emisiones de voluntad a través de sus legítimos representantes, de modo que el acto o negocio jurídico ya no viene a confundirse sin defecto con el acto humano, sino que es una manifestación de voluntad de todos los sujetos de derecho.

LAUDO ARBITRAL

Siendo ello así, los actos humanos que alcanzan la categoría de actos o negocios jurídicos son sólo aquellos que, entre el universo de los comportamientos del ser humano, tienen trascendencia para la actividad social políticamente organizada. Las restantes actuaciones podrán ser humanas, pero no teniendo una voluntad encaminada a crear consecuencias jurídicas, escapan al ámbito material del derecho.

La sola mención del elemento voluntario en la idea del acto jurídico lleva al Tribunal a la necesidad de hacer algunas precisiones de suma importancia sobre el mismo, como *presupuesto* para comentarios posteriores. Lo primero es que el acto jurídico difiere del acto humano porque su creador no es el hombre sino el sujeto de derecho. Segundo, la aptitud para hacer tales declaraciones de voluntad no surge de la pertenencia a la especie sino del reconocimiento de la capacidad que la ley crea y confiere para la adquisición de la calidad de sujeto de derecho y para poder obrar personal y directamente sin el ministerio ni la representación de otro, y finalmente, el proceso de creación del acto jurídico reviste particularidades que lo hacen diferente al actuar humano. A fin de entender la formación y fisonomía del acto o negocio jurídico pasan los árbitros a hacer las precisiones a que se hizo alusión con el fin de dejar examinada su naturaleza.

La idea de persona en el campo del derecho es diferente de la del ser humano. Quizás la identificación impropia se ha debido al uso indeterminado y vulgar de ambos términos, pero en estricto rigor quien puede emitir una declaración de voluntad en el campo del derecho es el ente creado por la ley con capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones, como presupuesto para poder desenvolverse en el campo de las relaciones socio-jurídicas. El reconocimiento de esa capacidad al ente (humano o ficticio) es lo que le permite crear derechos y obligaciones a través del ejercicio de la voluntad. Dicho en otras palabras, el ser humano es persona jurídicamente hablando porque así lo consagra el ordenamiento positivo, el cual anticipa el atributo de la personalidad jurídica aun a los que todavía no han nacido (artículo 93 C.C.). Ello lleva a afirmar que en paralelo con la presencia del ser humano, convertido en persona en el campo del derecho por decisión de la ley, existen otros entes, como suele decirse, ficticios, que también son sujetos de derecho. Puede decirse entonces que el derecho crea el concepto de persona y asigna el atributo de la personalidad, de lo que se sigue que el ente reconocido como persona y prevalido de la personalidad que ostenta es capaz, en abstracto o impersonalmente, de hacer declaraciones de voluntad con las que adquiere derechos y contrae obligaciones.

El atributo para obrar que reconoce el derecho a los sujetos con el fin de crear obligaciones y derechos, vía de la voluntad, y en ejercicio de la personalidad que les confiere, es la aptitud indispensable para comportarse como sujeto activo o pasivo en el derecho (capacidad legal), de manera que tal habilitación entraña un poder reconocido por vía general, abstracta e impersonal, como ya se dijo, para ejercer el tráfico jurídico, que al ser individualizada se convierte en una aptitud concreta y particular (capacidad de goce o de ejercicio), la cual resulta en ciertos casos restringida o negada. Así las cosas, todos los sujetos de derecho tienen capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones, pero no todos los sujetos son titulares de la capacidad de ejercicio, ya que se excluyen aquellos que la ley declara incapaces absolutos o relativos.

La condición para que el derecho dé trascendencia al acto jurídico es que se haga *libremente*, esto es, que se descarte la posibilidad de que la declaración de voluntad pueda quedar afectada por vicios que terminen por restarle eficacia. Visto así, la emisión de la voluntad conlleva factores psíquicos o de razón que exigen la presencia de una actividad de discernimiento, ajustada a la lógica, y además motivaciones subjetivas que obran a la manera de móviles determinantes de la actuación voluntaria. Por eso se dice que el acto jurídico debe ser consciente y reflexivo. No interesa ahora establecer cómo o de qué manera se emita esa declaración de voluntad, pues lo destacado es que sea un comportamiento serio, reflexivo, con intención de crear efectos en derecho. Siendo, pues, que el acto o negocio jurídico nace de esta manera, es decir, fruto del discernimiento y de las motivaciones subjetivas, el derecho presume que los sujetos han querido celebrar tal acto o negocio, y por ello le da vida y le asigna los efectos que los sujetos han querido y los que la propia ley señala por su cuenta.

b). *Los elementos de la existencia del acto jurídico:*

A tenor de la noción expuesta del acto o negocio jurídico, caracterizado por ser fruto de la voluntad directa y reflexiva del sujeto o sujetos que intervienen en su celebración, encaminada a

LAUDO ARBITRAL

producir efectos jurídicos, en sana lógica se establece la presencia de sus elementos tipificantes o axiológicos: La expresión o manifestación de la voluntad del sujeto (uno o varios), y el contenido de dicha declaración. Dos son, pues, los requisitos esenciales del acto jurídico, la voluntad exteriorizada, y el contenido, de manera que su existencia queda condicionada a que se compruebe la presencia de dichos elementos. Pasa el Tribunal a precisarlos y a determinar su alcance:

1). La voluntad y su declaración:

Como lo ha dicho el Tribunal atrás, la presencia del elemento voluntario es el fundamento y soporte estructural del acto jurídico lícito. Su apareamiento a la vida jurídica depende de su presencia; la voluntad es su esencia. Con razón se ha afirmado por todas las vertientes de doctrina que la voluntad es la sustancia misma de la actuación, pues su declaración es lo que pone en movimiento la intención de obligarse en el área del derecho. Así de sencillo: sin la presencia y la emisión de la voluntad no puede hablarse de acto o negocio jurídico lícito. Como quiera entonces que la voluntad es indispensable para el nacimiento del acto o negocio jurídico, siempre debe estar presente en él, esto es, debe existir en el marco *real* y *tangible* de la negociación, lo que significa que puede ser deducida, comprobada y reconocida de modo tal que finalmente se concluya no sólo su presencia real y auténtica sino también que ha sido fruto de una lucubración psíquica eminentemente lógica, con el ánimo de producir los efectos jurídicos deseados. Esa voluntad y su declaración no pueden ser suplidas por hechos que en apariencia y desde el punto de vista formal, hagan suponer que existe. La presencia de la voluntad y su manifestación no es cuestión de mera apariencia sino que debe obedecer a una intención cierta y real que permita concluir que el acto o negocio jurídico en verdad existe y que no es meramente una apariencia de comportamiento. Las formas externas con que se reviste el acto en su origen para dar fe de su existencia, no reemplazan en absoluto la necesidad de la voluntad y su emisión, ni son suficientes para dar por supuesto que este elemento imprescindible realmente existe. Muchas veces podrá concluirse, quizás, la mayoría de ellas, que la forma externa coincide con la presencia de la voluntad y su manifestación, esto es, que es real y tangible, lo que lleva a dar por sentado que el acto o negocio jurídico ha nacido, pero, también en algunas ocasiones esa apariencia de formalidad es vacía porque la voluntad no es real. Esto lleva a establecer, como bien lo reconoce la doctrina, que la forma puede ser necesaria para rodear de validez a los actos cuando la ley la impone en casos concretos (conocidos como solemnes) o cuando las partes la adoptan, pero jamás reemplaza ni sustituye a la voluntad. Una cosa es la *forma* (ritualidad exterior) y otra bien distinta es la *esencia* del acto (la voluntad).

Esta doctrina informa a nuestra legislación civil porque si se examina con detenimiento el contenido del artículo 1502 del Código Civil, la primera condición para que el acto o declaración de voluntad nazca o exista es la presencia de su aceptación, conformidad o consentimiento, lo que equivale a que debe existir una manifestación clara, inequívoca y ante todo *real* de la voluntad con trascendencia jurídica. De otro lado, el artículo 1502 *ibídem*, exige que esa declaración de voluntad debe ser *real* (verdadera o cierta), y el artículo 1618 alude a la *intención real* de los sujetos que intervienen en el negocio jurídico. Lo mismo se deduce de la obligación de contrato contenida en los artículos 864 y 900 del C. Co.

No basta, sin embargo, que el sujeto o los sujetos de derecho hagan el ejercicio mental acerca de la necesidad o conveniencia de incursionar en la esfera jurídica, y que al interior de su ser (o entidad) terminen por convencerse de ello, sino que es indispensable que exterioricen la voluntad, mediante un acto declarativo tan claramente expuesto o emitido que él sea suficiente para dar origen al acto lícito unilateral, o para que el sujeto que se sitúa frente a sí entienda que esa expresión de voluntad tiene el alcance de crear consecuencias jurídicas al convenirse el negocio que los relaciona. Ello resulta evidente porque el ámbito del derecho no es el fuero interno de los sujetos sino el comportamiento social. En estricto rigor, la consagración que el derecho objetivo hace del acto o negocio jurídico como una fuente formal de las obligaciones de igual carácter, no es más que el reconocimiento de que la autonomía de la voluntad particular tiene la virtualidad de mover la dinámica social. Siendo, pues, que la emisión de la voluntad tiene efectos transformadores en el campo socio-económico, su declaración tiene que obedecer a una convicción sincera, directa y real del emisor, y no puede menos que ser exteriorizada de forma inteligible y clara, en el marco que el derecho traza.

LAUDO ARBITRAL

Dicha exteriorización en nada atenta contra la libertad que el ordenamiento positivo reconoce a los sujetos de derecho para saber cuál es su voluntad y correlativa intención de obligarse, porque, como regla general, las formas de emisión de la voluntad pueden ir desde la manifestación expresa o tácita, y aun por virtud del silencio, salvedad hecha de las excepciones que la ley consagra, siempre que ellas traduzcan sin equivocación la presencia de la intención clara e inteligible de intervenir en la esfera del derecho para asumir obligaciones o adquirir derechos. Como lo reconoce la doctrina moderna, la libertad para expresar la voluntad no se limita a la posibilidad de crear el acto o negocio jurídico sino que también se extiende a escoger la forma declarativa que consulte mejor los intereses de los sujetos, con anotación de la salvedad hecha. Hay casos, desde luego, en que la ley para proteger la emisión de la voluntad no prescinde de la solemnidad, de tal modo que la existencia del acto o negocio jurídico queda sujeta a la observancia de la formalidad. Se trata entonces de actuaciones lícitas en que la forma es *ad solennitatem*, es decir, para la existencia del acto, que al no satisfacerse repercute en el nacimiento mismo del acto o contrato (artículos 1500 C.C., y 824 C.Co.), y no simplemente *ad probationem* (esto es, para la prueba del mismo).

Conforme a lo dicho acerca de la voluntad el elemento examinado supone dos pasos o etapas sucesivas y relacionadas que no pueden faltar: De un lado, el proceso mental, lógico y racional, de convicción y valoración, que lleva al sujeto a la conclusión que debe intervenir en el ámbito jurídico para crear obligaciones y derechos, en atención a sus intereses o motivaciones particulares, y de otro, que esa decisión libre y voluntaria efectivamente trascienda al plano del derecho, es decir, que sea exteriorizada, lo que equivale a hacer su manifestación frente a quien es el receptor de la declaración. El proceso volitivo interno y el externo son uno sólo, se complementan e integran. Así las cosas, si los dos procesos inescindibles que integran la declaración de voluntad no se producen, la conclusión inequívoca es que el acto o negocio jurídico no ha nacido. Ello lleva a dar por sentado que la voluntad no exteriorizada, o la que es ilegalmente declarada, no sirven para declarar la existencia del acto o contrato, y la manifestación meramente aparente, pero, sin la presencia real de la voluntad con efectos obligacionales, no tiene ninguna relevancia o trascendencia en el derecho, (aunque, el ordenamiento protege en estos casos el interés jurídico de terceros ante la apariencia de acto).

2). El contenido de la declaración de voluntad:

La declaración de voluntad debe estar dirigida directa y racionalmente a generar efectos jurídicos, que al provenir de la convención pueden orientarse a crear, modificar o extinguir relaciones obligacionales. Ese es el contenido u objeto del querer jurídico que se expresa. Se trata, por ende, de comportamientos que obran en la órbita de la sociedad y que comprometen el fin propio del derecho. Por tal razón cuando el sujeto declara su voluntad con uno u otro propósito, las normas jurídicas comienzan de inmediato a trascender la situación objetiva de la norma a la del derecho subjetivo, y la conducta del agente principia a crear las consecuencias previstas en ella. De ahí que, desde cuando el creador del acto o negocio da a conocer su voluntad real, las actuaciones o conductas que realice están orientadas a cumplir un propósito teleológico, que no es otro que producir efectos creadores, modificatorios o extintivos en el derecho. Por la declaración de voluntad se desarrolla el contenido. *Mas, no basta la declaración de voluntad para que se realicen los efectos del acto o negocio jurídico, sino que la voluntad privada queda subordinada a los preceptos legales, de lo que se sigue que para que un acto o contrato sea jurídicamente vinculante u obligatorio, debe estar legalmente celebrado, en cuyo caso, habiéndose observado las condiciones que la ley exige para la existencia y validez del negocio jurídico, obliga no sólo a lo acordado por las partes, sino también a lo que naturalmente lo integre (artículos 1501, 1603 y 1621 C.C.).* [En el objeto o contenido del acto o negocio jurídico se distinguen, a tenor del artículo 1501 C.C., elementos esenciales, naturales y accidentales].

A la luz de las disposiciones del código civil y de la doctrina moderna, hay que agregar que ella se conforma y ajusta al espíritu de las instituciones romanas. *Adicionalmente, desde el punto de vista de la filosofía, en particular, de la lógica, el tratamiento que nuestra legislación civil da a la inexistencia (por falta de los requisitos esenciales) y a la nulidad (por la invalidez causada por la presencia viciada de los elementos de la esencia) son completamente diferentes y cada una se gobierna por su propio régimen.* Razón tiene la doctrina cuando concluye que sin la voluntad y el consentimiento (que es su emisión), o sin la declaración de este último por un cauce prescrito por la ley para que pueda ser tenido en cuenta, o sin un objeto a que se encamine en ejercicio de la

LAUDO ARBITRAL

función reguladora de la actividad social, no hay ningún acto jurídico; la esencia de éste no se realiza; el derecho le niega el ingreso a esta categoría ontológica-jurídica. [Ver, LUCAS JOSSELAND, Derecho Civil, Tomo I, No. 140, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía Editores, Buenos Aires, 1952].

2). REQUISITOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO:

2.1 Consideraciones sobre el enunciado legal:

Conforme lo antes expuesto puede decirse que la ley establece requisitos para la *existencia* del acto jurídico, y *del propio hace para establecer cuándo y de qué modo adquieren validez o en qué circunstancias la pierden*. Los requisitos de la existencia fueron examinados atrás, cuyos efectos pueden ser explicados bajo dos formas diferentes: Si el acto o contrato reúne los dos elementos examinados el negocio jurídico se reputa existente, lo cual no significa que por esa sola circunstancia *adquiera plena eficacia o validez jurídica*, porque puede haber nacido sin defectos o viciado por ellos, que es asunto perteneciente a la condición de "validez" del acto o contrato, pero, si no se presentan al tiempo se deduce necesariamente la inexistencia de los mismos.

Es por estas consideraciones que el Tribunal se detiene ahora en los que determinan su "validez". Se empieza por decir que el acto jurídico puede haber nacido, pero, adolecer de un vicio que afecte su viabilidad jurídica, y termine por extinguirlo. Cuando dicho vicio o defecto se presenta, el acto queda afectado en cuanto a la posibilidad jurídica de surtir sus efectos normales, a partir de cuando se declara judicialmente el motivo generador de la invalidez, de modo que el acto *invalidable* surte sus efectos ordinarios mientras la causa de la invalidez no sea judicialmente declarada, (aunque, dependiendo del motivo generador del vicio puede ser ratificado por sus actores o por la prescripción extintiva).

Los requisitos para la validez de los actos jurídicos se encuentran establecidos por el artículo 1502 del Código Civil Colombiano, así: a). La capacidad plena de ejercicio del sujeto; b). La ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza o dolo); c). La licitud del objeto; d). La realidad y la licitud de la causa; y e). La plenitud de las formas de ley (cuando el acto jurídico es de naturaleza solemne). Esas mismas condiciones de validez están determinadas por el artículo 822 del Código de Comercio, que al no tener una teoría propia sobre la formación y efectos de éstos, adopta de manera expresa la correspondiente a la legislación civil, con las salvedades que la propia ley mercantil consagra (*en las que estructura figuras específicas para dicha legislación*).

A continuación se hace su exposición teniendo en cuenta que la DEMANDA impetrada por el consorcio convocante alude específicamente a la declaración de NULIDAD ABSOLUTA, INVALIDEZ, INOPONIBILIDAD e ILEGALIDAD de los apartes antes precisados y transcritos de la Cláusula cincuenta y cinco (55) del CONTRATO No. 287-2010, que celebraron las partes demandante y demandada del presente proceso arbitral, la liquidación parcial del citado contrato, y la discusión sobre el derecho a la indemnización de perjuicios, por daño emergente y lucro cesante, que pudiera haberse ocasionado por la ocurrencia de las pretensiones antes mencionadas.

2.1.1 La capacidad legal y de ejercicio:

Conviene dejar dicho, para el cumplimiento de ese propósito, que en la *litis* arbitral *no se ha discutido ni cuestionado lo concerniente a la Capacidad negocial o de ejercicio de las sociedades convocantes y convocadas*.

La capacidad de los sujetos de derecho tiene doble connotación: De una parte, es un atributo de la personalidad (capacidad legal), y de otra, la posibilidad que los sujetos obren personal y directamente sin necesidad del ministerio o la autorización de otras personas (capacidad de ejercicio, 1502 C.C.), de lo cual deviene la validez del acto jurídico. Puede decirse entonces que mientras la capacidad legal se entiende por vía general y sin excepciones, la capacidad de ejercicio es restrictiva en el ordenamiento legal (1503 C.C.). La incapacidad de ejercicio puede ser general (absoluta y relativa), (artículo 1504), y particular (para ciertos y determinados negocios jurídicos señalados por la ley, (Artículos 483, 501, 1852, 1853, 1854, 1855, 1856 C.C., y Num. 2, 906 C. Co.,

LAUDO ARBITRAL

entre otros). Los actos o negocios jurídicos celebrados por incapaces absolutos generan nulidad absoluta (inc. 2, 1504, y 1741 C. C., y 899 C. Co.), entre otras consecuencias, y debe pedirse su declaratoria o declararla el juez de oficio. Los actos, convenciones y contratos celebrados por los incapaces relativos generan nulidad relativa (aunque pueden "valer" en determinados casos y condiciones), y siempre debe pedirse su declaratoria. Las incapacidades "particulares" adolecen de nulidad absoluta (aunque, esta consideración doctrinaria no es propia del presente litigio).

2.1.2 El Consentimiento:

Puede decirse entonces que la voluntad de los sujetos, expresada de la manera como la ley determina, convergente y coincidente, es la que crea derechos, la que da origen a una ley, en sentido particular, a la que quedan sometidos quienes intervienen en el acto, convención o contrato, como lo establece el 1602 C.C. Si la voluntad declarada de las partes oferente y destinataria no coinciden, *no existe negocio jurídico, y si existe afectada de error, fuerza o dolo genera nulidad relativa.*

2.1.3 Las formalidades o solemnidades impuestas por ley para la Validez del acto o contrato:

Si bien es cierto, el código civil no incluyó en el artículo 1502 la *formalidad* como un requisito esencial para la existencia y validez de los actos jurídicos, porque el precepto alude al principio de la consensualidad, no puede desconocerse que claramente concibió la existencia de los actos o contratos solemnes (1500 *ibidem*). Puede decirse, en consecuencia, que si al acto solemne falta la formalidad exigida por la ley, la sanción que surge es la inexistencia, lo que impide que el acto produzca efecto alguno (1500 C.C., y 898 Inc. 2 C. Co.). Ahora, si tales formalidades se cumplen pero de manera imperfecta la nulidad no puede ser otra que la absoluta, a tenor del 1741 C.C.

2.1.4 La causa eficiente del acto jurídico:

El 1502 exige para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, entre otros elementos, que haya una causa lícita. Por su parte, el 1524 dispone que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, y el 1525 prohíbe la repetición de lo que a sabiendas, se da o se paga por un objeto o causa ilícitos. Mucho se ha discutido por los tratadistas de derecho civil (y mercantil) si la causa mira a la obligación o al contrato, o al negocio que les da nacimiento, y ello ha polarizado las opiniones, puesto que muchos la refieren a la obligación, otros al negocio, y no pocos pretenden que la causa se refiere a ambos. Es de advertir que en determinado momento los actos o negocios jurídicos pueden nacer adoleciendo de un defecto en los motivos impulsores y determinantes, que pueden ser gratuitos u onerosos, lo cual vicia o invalida el acto, convención o contrato, de modo que generarán o, mejor, vicarán de nulidad absoluta el acto o declaración de voluntad. El código civil colombiano consagra la teoría de la causa impulsiva o determinante, en el artículo 1524, por lo que las motivaciones judiciales para declarar la invalidez de los contratos deben fundarse en la contrariedad al orden público o a la moral, o a las buenas costumbres. La incorporación del elemento causal a la teoría del acto o negocio jurídico tiene por finalidad tutelar y darle certeza a los actos y declaraciones de voluntad. Que éstos nazcan a la vida del derecho satisfaciendo todas las exigencias que consagra la norma y la ética.

Si bien la doctrina moderna se ocupa de establecer los requisitos de la *causa*, entre ellos se impone la licitud del motivo consistente en atemperarse a la ley, y no contrariar la moral, las buenas costumbres y el orden público (artículo 1502 y 1524 Inc. 2). Hay invalidez del acto jurídico cuando el móvil etiológico o teleológico, sea cual fuere el hecho o circunstancia en que consista, no se ajusta a la ley, a las buenas costumbres y al orden público, so pena de que el contrato quede viciado de nulidad absoluta. El tratamiento que nuestra legislación civil da a la causa ilícita es la nulidad absoluta del acto o negocio jurídico, y lo mismo hace la legislación comercial. Basta ver para su comprobación el 1741 C.C., y el numeral 2 del artículo 899 C. Co. Esta sanción es la misma que pregonan la teoría clásica, en la subjetiva y en la moderna tendencia, solo que en la doctrina tradicional los actos gratuitos no podían llegar a considerarse ilícitos. Esta especie de nulidad (la

LAUDO ARBITRAL

absoluta que recae sobre causa ilícita) no puede ser saneada por la ratificación de las partes, pero, sí lo es en todo caso por la prescripción extraordinaria (1742), y no da derecho de repetición cuando la ilicitud del móvil es conocido de las partes (arts 1525 y 1742 C. C., 822 del C. Co.).

2.1.5 El objeto y contenido de los actos jurídicos:

El acto jurídico tiene dos objetos: Uno de orden abstracto e impersonal, consistente en la creación, modificación o extinción de estados o de relaciones jurídicas, y otro particular y concreto que consiste en la celebración de un negocio jurídico particular (Ej: la compraventa, la novación, la disposición de bienes con causa mortuoria, etc.). El acto jurídico de contenido particular o concreto tiene, a su turno, elementos que, por corresponder a su esencia, a su naturaleza, y a lo meramente accidental lo estructuran y tipifican. Así las cosas, el objeto *particular* del acto jurídico se identifica con el *contenido* del mismo, esto es, con su propia esencia, su naturaleza y las estipulaciones convencionales accidentales que acuerdan las partes. Ciertamente, nuestro C.C. no es claro ni consistente al determinar el contenido particular de los actos jurídicos, porque unas veces alude a la finalidad de las partes, otras a las prestaciones que contraen, y no pocas veces a las cosas sobre las cuales versan dichas prestaciones, aunque, finalmente, lo enmarca en los tres tipos de elementos que hemos indicado (1501 C.C.). Tan evidente resulta lo dicho, que en el 1517 confunde el objeto con las prestaciones de dar, hacer o no hacer. En el 1518, confunde el objeto del acto con las cosas presentes o futuras, y en el 1523 incurre en impropiedad al identificar al objeto del acto con el acto lícito.

La doctrina civil fija tres requisitos al objeto del acto jurídico: a). La posibilidad; b). La determinación, y c). La *ilicitud*, pero para fines de estas consideraciones se hace énfasis en la licitud, sin que por ello se omita la sucinta enunciación de los otros dos. Así, la *posibilidad del objeto* mira a que exista al momento de celebrarse el acto o contrato o que lleguen a existir conforme a la naturaleza, siendo imposible el que contraríe a ésta (*ad impossibillium nulla obligatio est*), en forma absoluta y permanente, de modo que no pueda subsanarse con el paso del tiempo. Se entiende, por su parte, por *determinación del objeto* que sea conocido, fijado, concretado, medible o contable.

Ahora, concretados a la exigencia legal de la LICITUD del objeto, que es fundamental en este caso, cabe hacer las siguientes precisiones: La *ilicitud* se predica del destino, utilidad o aplicación que se da a las cosas en el acto jurídico. Así las cosas, al velar por la primacía del Interés general sobre el Individual, el código civil consagra límites a la autonomía de la voluntad particular, condenando las actuaciones que vayan en contra de la *ley imperativa, el orden público, la moral, o las buenas costumbres* (aunque en estricto sentido todas estas expresiones son componentes de la noción de *orden público*). Basta ver la doctrina imperante en materia de objeto ilícito (1518 a 1523) y de causa ilícita (1524 y 1525). La *ilicitud del objeto* es, por tanto, un ostensible desconocimiento del interés colectivo, que resulta afectado por violación al *derecho público* de la nación, o a las disposiciones *imperativas* aunque pertenezcan a codificaciones de derecho privado, o a la regla moral o a las costumbres (*mores*), (1518 C.C.), y lo propio hace la codificación comercial al consagrar como motivo de "invalidez" del acto o contrato el objeto ilícito, según voces del numeral 2 del artículo 899, y el principio general, que, aunque, contenido en el artículo 104 de dicha legislación, es predicable aquí por su carácter de regla o principio general. Se deduce, por consiguiente, que el *objeto ilícito*, aunque, puede predicarse de las cosas, se refiere *fundamentalmente* a la *conducta ilícita* del sujeto de derecho (artículo 1517 C. 899 C. Co.) para crear un acto jurídico contrario a uno de los cuatro pilares que limitan la autonomía de la voluntad contractual (antes indicados).

Lo acabado de indicar lleva a los árbitros a ocuparse de estudiar lo atinente a la ILICITUD DEL OBJETO como presupuesto básico para los análisis que habrán de hacerse y las conclusiones que habrán de sacarse posteriormente, cuando se entre a resolver las CAUSALES que tipifican a cada una de las pretensiones de la demanda y a las excepciones de mérito propuestas contra ellas.

Para que se afirme que un acto jurídico que contenga OBJETO ILÍCITO viole el *orden público*, debe partirse del artículo 16 del C.C., ya que dispone que ningún acto de los particulares puede violar la *ley* en cuya observancia estén interesados el *orden público* y las *buenas costumbres*. Esto es, que la autonomía de la voluntad contractual encuentra límite en dicho principio. Sin embargo, en examen todavía más exhaustivo, la legislación civil consagra motivos o razones de *ilicitud* del

LAUDO ARBITRAL

objeto en varias disposiciones normativas particulares, como ocurre con las situaciones expresamente previstas en los artículos 1518 a 1523. Así, hay objeto ilícito *en los actos o contratos prohibidos por la ley*, sentando de esta manera una regla de carácter general, aunque, luego, de forma enunciativa, porque los actos o contratos prohibidos por la ley no caben ni se agotan en la apretada enunciación, reconoce algunas situaciones que entrañan la ilicitud del objeto (artículo 1521), como los actos o negocios jurídicos que violan o desconocen la estructura del Estado, o cuando las actuaciones de los creadores del acto o contrato contravienen el derecho público de la nación. El contenido de la normatividad correspondiente a la contratación administrativa, aplicable a los contratos privados, concibe situaciones específicas sobre objeto ilícito, que serán objeto de examen en esta providencia, más adelante.

En definitiva, se trata de una aplicación práctica de la restricción y consiguiente limitación a la autonomía de la voluntad contractual, ya que no es dado a los particulares decidir si obran atemperándose o no a las normas reguladoras del derecho público o del orden público, como lo consagra el 16 del Código Civil, en razón de que tales limitaciones a la voluntad negocial se encuentran estatuidas para tutelar y proteger el interés general por encima del interés particular o individual. Así, toda persona natural o jurídica sometida a la Carta Magna, está obligada a declinar su interés frente al colectivo, y a observar las disposiciones imperativas que en materia de orden público se encuentren vigentes. [En este mismo principio tutelar de la autonomía de la voluntad caen las situaciones en que se contravenga la moral o las buenas costumbres, de los cuales tampoco es posible hacer una relación detallada de todos y cada uno de los casos que constituyen objeto ilícito por ese motivo, dado que las manifestaciones de la inmoralidad o de las malas costumbres son múltiples y variadas, máximo si se tiene en cuenta que sólo los móviles inmorales o atentatorios de las buenas costumbres deben ser expresados por una u otra parte, o compartidos por ambas, porque de no ser así quedarían en el fuero interno, no trascenderían, y en últimas mal podría decirse que ellos fueron objeto de la declaración de voluntad].

Dejan advertido los árbitros que en el presente proceso se alegó como SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL la NULIDAD ABSOLUTA de los apartados demandados de la Cláusula 55 del contrato 287-2010, que obra en el expediente [folios 411 a 532, Cdno 1.1], cuya transcripción literal ya se ha hecho, lo que pone en juego la doctrina del artículo 1742 del Código Civil (aplicable por virtud del artículo 822 C. Co.) y la contenida en el artículo 899 de esta última codificación [Arts 44 y 55, Ley 80/1993]. La nulidad absoluta planteada se concreta a lo dicho [Ver, folios 2 a 4, Cdno 4]. Se pide luego que dicho contrato sea liquidado por los árbitros, según la PRETENSION No. 8, y que, como las tres sociedades comerciales con calidad de convocantes han obrado como integrantes del CONSORCIO ACUAVALLE 2010, como queda en evidencia en la REFERENCIA hecha en el libelo introductorio, así como en el HECHO Primero (1º) de la demanda, y en la PRETENSION Primera (1ª) PRINCIPAL, frente a la única sociedad demandada, SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A., E.S.P., las conclusiones a que finalmente lleguen los árbitros en esta providencia pueden vincular eventualmente y/o afectar y/o beneficiar a todas las sociedades comerciales que obran en la condición de demandantes y miembros del consorcio, o beneficiar o perjudicar a la parte convocada, a tenor de lo regulado en el artículo 903 C. Co.

2.2 Causales de *invalidez* de los actos o contratos:

En estricto sentido, de conformidad al principio consagrado en el artículo 16 del Código Civil, los actos o contratos, en general, los negocios jurídicos, adolecen o están afectados de INVALIDEZ por los siguientes motivos, que han sido consagrados tanto en la legislación civil como en la comercial, y que giran para la contratación administrativa, hecho el ponderado trabajo de condensación por parte de los árbitros se esquematizan así:

1. Por incapacidad absoluta o relativa (Arts 1504 C.C. y 899 y 900 C. Co.);
2. Por vicios del consentimiento (Art 1518 C.C., y 900 C. Co.);
3. Por causa ilícita (Art. 1524 C. C., y Numeral 2, artículo 899 C. Co.);
4. Por objeto ilícito:
 - 4.1 Por violar el orden público, esto es, el interés público (Art. 16 C.C., y disposición que acoge dicha regla en el artículo 822 del Código de Comercio);
 - 4.2 Por violar disposiciones de derecho público (Art. 1521 C.C., y la norma contenida en el artículo 822 C. Co.);

LAUDO ARBITRAL

- 4.3 Por violar normas imperativas, aunque se encuentren en codificaciones de derecho privado (Art. 16 C.C., por escapar a la autonomía de la voluntad contractual, y el Numeral 1 del artículo 899 C. Co.);
- 4.4 Por violación de la moral y las buenas costumbres (Artículo 16 C.C., y artículo 822C. Co. por la expresa acogida de la regla civil sobre la formación de los actos o contratos.

Estos son en definitiva los motivos que se oponen a la "VALIDEZ" del acto jurídico (negocio jurídico o contrato) y que hacen que éste pueda perder en un momento determinado su *eficacia* en derecho, cuando se aplique respecto de ellos la sanción legal que corresponda y que le quite la posibilidad de surtir los efectos jurídicos plenos, que sólo están reservados a los actos o contratos que nacen sanos (esto es, sin vicios o defectos de "validez").

La ley prevé en consecuencia las sanciones que se aplican a los actos o contratos *inválidos*, y los efectos que ellas producen respecto de las partes que lo celebran, y para cada situación de invalidez del acto o contrato reserva una específica sanción, de la cual deriva efectos propios. Proceden los árbitros entonces a efectuar ese estudio como condición previa y determinante del examen y conclusiones de la PRETENSION de NULIDAD ABSOLUTA de los apartes varias veces mencionados de la Cláusula cincuenta y cinco (55) del CONTRATO 287-2010 celebrado entre las partes convocantes y la convocada.

CAPITULO CUARTO

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL: LA NULIDAD ABSOLUTA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA

Conforme a las conclusiones a que han arribado los árbitros acerca de la "invalidez" de los actos o contratos y de los motivos de orden legal que la generan, a final del capítulo precedente, en el cual se presenta de debida clasificación legal y doctrinaria de las causales generales de INVALIDEZ de los contratos, se hace necesario dejar sentado con respecto a las PRETENSIONES principales y subsidiarias, lo siguiente:

A). NULIDAD ABSOLUTA POR INCAPACIDAD ABSOLUTA:

Esta causal se examina porque la parte actora formuló la nulidad pero no expuso el motivo generador de la misma, por lo cual los árbitros la estudian. La primera causa de INVALIDEZ de los contratos o sus apartes, conforme a lo examinado, se refiere a la INCAPACIDAD "ABSOLUTA" de las partes contratantes para la celebración del contrato 287-2010, del cual algunos apartados de la cláusula 55 han sido demandados en el proceso, por lo cual los árbitros están llamados a sentar posición frente a cada especie, a fin de establecer si los contratantes ejercieron lícitamente su capacidad negocial, dentro de los límites de su respectivo "objeto" estatutario (artículos 1504 C.C. y 899 y 90 C. Co.)

Basta leer con detenimiento el certificado de existencia y representación legal de las sociedades convocantes y de la convocada, expedido por la correspondiente Cámara de Comercio, para quedar acreditado plenamente que todas ellas son sociedades comerciales, de nacionalidad colombiana, creadas conforme a derecho por los actos escriturarios públicos propios de cada una, debidamente registradas o inscritas, y a tenor y consonancia del objeto social en que podían ejercitar su capacidad negocial, de lo que se concluye que todas ellas se ocupan de una actividad acogida por el derecho nacional, que al coincidir y expresarse en la celebración del contrato 287-

LAUDO ARBITRAL

2010, lleva a la conclusión que las demandantes y la demandada podían contratar lícitamente porque tenían *aptitud o habilitación jurídica* suficiente para ello. [Ver, dichos certificados en folios 047 a 065 Cdo. 1.1]. Se observa que la demanda corregida y unificada en ninguno de los HECHOS que sustentan las pretensiones, hace referencia clara, abierta, explícita, sustentada en circunstancias de modo tiempo y lugar suficientes, que denotaran situación fáctica-jurídica que estableciera que el comportamiento de la sociedad convocada en la negociación y celebración del CONTRATO 287-2010, como *persona jurídica capaz*, estuviera signado por actitudes o conductas antijurídicas que indicaran que ella obró en tal acto jurídico en ausencia de dicho presupuesto básico y esencial para obligarse y contratar jurídicamente, y, en particular, en relación a los apartes impugnados de la cláusula 55, lo que de haberse configurado hubiera llevado a pregonar la existencia de la causal de nulidad absoluta por falta de capacidad negocial o de ejercicio de Acuavalle, y de las sociedades convocantes. Por ello, tal causal no prospera.

En cuanto a la **INCAPACIDAD "RELATIVA"**, que podría ser causal de nulidad (relativa) entre personas naturales, no se predica en torno a las sociedades convocantes y convocada, porque el artículo 1.504 del C.C. reformado por el Decreto 2820 de 1974, excluyó a las personas jurídicas (colectivas) del grupo de los incapaces *relativos*, dotándolas en consecuencia de capacidad negocial plena, de manera que este tipo de nulidad (relativa) se rige para dichas sociedades por el artículo 900 del C. Co.

B). NULIDAD ABSOLUTA POR CAUSA ILÍCITA:

El cuanto a la **CAUSA ILÍCITA** como motivo de "invalidez" generador de **NULIDAD ABSOLUTA** (artículo 1524 C.C., y Num. 2, 899 C. Co.):

Como en el caso anterior, esta causal se estudia por cuanto la parte demandante formuló la nulidad pero no expuso el motivo generador de la misma, razón por la cual los árbitros la estudian. La causal está circunscrita a establecer si las partes contratantes estaban prevalidas de motivos o móviles determinantes de carácter ilícito para la celebración del contrato 287-2010 y, en particular, de los apartes demandados de la cláusula 55 de dicho contrato. Los árbitros tienen en cuenta sobre este particular que a tenor del objeto social de ACUAVALLE, la finalidad perseguida al celebrar el referido contrato estaba en la contratación de obras de construcción de acueductos y alcantarillados, de acuerdo al plan básico de necesidades del Departamento del Valle del Cauca, en beneficio de las comunidades de los distintos municipios que lo integran, lo cual se encuentra en perfecta consonancia con el ordenamiento legal, y que por parte de las sociedades convocantes que integran el consorcio ACUAVALLE 2010, ostentaba en la aspiración legítima de participar en el proceso licitatorio a que dio pie el contrato 287, y en obtener la adjudicación del mismo, para lo cual estaban autorizadas por sus respectivos objetos societarios concebidos con acatamiento a la ley. Así las cosas, no hallan los árbitros motivo o móvil determinante que lleve a concluir que la celebración del contrato citado, y su cláusula 55 adoleciera de **NULIDAD ABSOLUTA por CAUSA ILÍCITA**.

Esta conclusión de los árbitros se encuentra respaldada adicionalmente en:

a). Las declaraciones de TESTIGOS:

1). MARIA CRISTINA VALENCIA RODRIGUEZ [Folios 168 a 202, Cdo. 10], dijo sobre la legalidad o ilegalidad de la celebración del contrato, lo siguiente: "yo repito que luego en noviembre de 2011 cuando pues toda la etapa de construcción del contrato ya había culminado y estábamos exclusivamente en definir los efectos de la suspensión, y los actos de la suspensión eran dos caminos, y decía: o lo terminan anticipadamente o lo ceden; entonces como no había cesión ellos jamás se manifestaron sobre ningunas cláusulas, como dije ahora la propuesta que se llevó a la mesa de trabajo de terminación anticipada y de liquidación parcial participaron ellos mismos de la fórmula que se aplicó, participaron de la construcción del texto del acta de terminación anticipada y de liquidación parcial, participaron personalmente, y contundentemente las pretensiones presentadas a nosotros que como digo no ascendían a más de, sacándolo de la comisión de éxito que no era lógico por nada del mundo, no ascendían a \$2000 millones de pesos, participaron de que la fórmula estaba bien aplicada y de hecho se hizo una corrección pequeña; yo no recuerdo exactamente lo que se corrigió en ese momento, pero se corrigió. Entonces en

LAUDO ARBITRAL

ningún momento han manifestado en el transcurso de noviembre de 2011 hasta diciembre de 2010, que yo me retiro, que haya habido una cláusula que tuviera algún vicio para efectos de nulidad o declararla ilegal". (Folios 171 y 172 del Cdno 10)

2). ALEXANDER SANCHEZ RODRIGUEZ [Folios 260 y ss], dijo sobre la legalidad o ilegalidad (nulidad, invalidez, ineficacia, etc.) de la celebración del contrato, lo siguiente: *en cuanto a la nulidad "que yo le hubiera escuchado o que lo hubiera hecho público a través de comunicación o en las reuniones no. Hubo como una especie de pre-pliegos antes de él, y luego en la firma, de la cláusula, siempre estuvo allí; y pues que yo haya conocido que él hubiera manifestado su inconformidad al respecto no (folio 277, Cdno 10), y a continuación sobre la ineficacia, o invalidez o ilegalidad o la causa ilícita o el objeto ilícito, en forma total o parcial, de la cláusula 55 del contrato 287, expuso: "que me conste que yo haya oído al contratista o que me haya tocado a mí en comunicaciones cuando fui gerente, o que lo haya manifestado o en las reuniones que tuve la oportunidad de participar no; nunca escuché ese tipo de solicitud o de aseveración por parte del contratista con relación a la cláusula que usted me refiere doctor". (Folio 277, Cdno 10).*

3). PEDRO ABEL LONDOÑO LONDOÑO [Folios 136 y ss], dijo con relación a los vicios, irregularidades, derivadas de alguna parte o de la totalidad del clausurado 287, *"para mi caso no tengo ningún conocimiento que se haya presentado esa situación, en lo que a mí respecta no conozco doctor; no tengo conocimiento de que haya existido esa manifestación, supongo yo que si eventualmente la hubo, si ocasionalmente la hubo, pues en ese momento ya era una competencia de la gerencia y del comité de la gerencia, doctor" (Folio 148, Cdno 10).*

4). GABRIEL MAURICIO CABRERA GALVIS [Folios 062 y ss], dijo con relación a los vicios, irregularidades, o su eficacia derivadas de alguna parte o de la totalidad del contrato 287, *"Como cuando se liquidó el contrato 287 ya se había terminado y liquidado los contratos de vigencias futuras y sabíamos las discusiones que había en esto, se hicieron dos cosas: primero revisar todo el proceso de adjudicación para ver si en el proceso de adjudicación se había manifestado alguna objeción a la cláusula 55, que como digo estaba incluida desde los pliegos de licitación y se encontró que no había habido ninguna manifestación, objeción, ni reparo; en las discusiones para la liquidación del contrato los representantes del Consorcio sí expresaron que no estaban de acuerdo y que ellos esperaban las protensiones de los \$ 4.300 millones. Pero que no estuvieran de acuerdo no quiere decir que en algún momento hubieran expresado que consideraran que la cláusula fuera ilegal o que no aplicaba, simplemente veían que no era conveniente para ellos, pero no hubo ninguna objeción de tipo jurídico que yo recuerde en las discusiones".*

5). OSCAR LIBARDO CAMPO VELASCO (Folio 107, cdno 10), manifestó el particular en varios apartes de su declaración, concernientes a la forma cómo se celebró el contrato y las calidades o condiciones del consorcio contratista, lo siguiente: *"...la situación del proceso contractual era clara, estaba consignada en un contrato suscrito por personas jurídicas serias, capaces, responsables, e incluso yo me atrevería a pensar que un CONSORCIO de esta naturaleza, de tres firmas, en principio de una alta representatividad que se mueve en el concierto de la ingeniería nacional, muy poco habrían que tenido que gravitar alrededor de ese tipo de situaciones, no habría cabido desde ningún punto de vista porque además a ellos se les exigía contar con una fortaleza económica para financiarse por lo menos en la fase más importante del proceso contractual...". [Párrafo final, pág 13 de la declaración].*

Como puede deducirse, a través de la declaración de los testigos citados se llega a la conclusión que en momento alguno el consorcio, integrado por las tres sociedades, se quejó de la existencia de vicio alguno de nulidad absoluta por causa ilícita; y

b). Las declaraciones de parte de los doctores MARIO EDUARDO HERRERA GONZALEZ y JUAN SEBASTIAN RIVERA PALACIOS, representantes legales de las sociedades BOGOTANA DE ASFALTOS S.A. y INGENIERIA Y VIAS SAS, respectivamente, entidades miembros del consorcio, en torno a este motivo de nulidad, fueron coincidentes en afirmar:

LAUDO ARBITRAL

- Que el objeto social de Acuavalle constituía una *actividad ilícita*, y no impedía la celebración del contrato aludido (En cuanto al doctor Herrera puede verse la pregunta y respuesta 9 en el folio 199 del cdno. 10, y en cuanto al doctor Rivera puede verse a folio 232 del Cdno 10);
- Que la contratación aludida *no perseguía un fin o un propósito inmorales o contrario a las buenas costumbres* (En cuanto al doctor Herrera puede verse a folio 205 del cdno. 10, y en cuanto al doctor Rivera puede verse a folio 233 inicio del Cdno 10).

Por tanto, el Tribunal estima que esta causa de nulidad absoluta de la cláusula 55 del mismo, no está llamada a prosperar.

C). NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILÍCITO:

Ante la omisión de la indicación de la causal generadora de la nulidad absoluta, los árbitros proceden a verificar lo pertinente. Resta, en consecuencia, que los árbitros se ocupen de considerar lo concerniente al OBJETO ILÍCITO como causal de **NULIDAD ABSOLUTA** de los apartados demandados de la cláusula 55, para concluir si ella se configura en uno de los motivos específicos que han quedado reseñados, y que para facilidad y comprensión de su estudio se plantean así:

1). Nulidad absoluta por objeto ilícito:

- 1.1 Por violar el orden público, esto es, el interés público (Art. 16 C.C., disposición que acoge dicha regla en el artículo 822 del Código de Comercio);
- 1.2 Por violar disposiciones de derecho público (Art. 1521 C.C., y la norma contenida en el artículo 822 C. Co.);
- 1.3 Por violar normas imperativas, aunque se encuentren en codificaciones de derecho privado (Art.16 C.C., por escapar a la autonomía de la voluntad contractual, y Numeral 1 del artículo 899 C. Co.).

Estos motivos de **NULIDAD ABSOLUTA** por OBJETO ILÍCITO deben ser examinados *con relación a los APARTES impugnados* de la Cláusula cincuenta y cinco (55) del contrato 287-2010, denominada COMPENSACION POR TERMINACION ANTICIPADA, que, aunque, se transcribieron antes, es prudente traer al punto para mayor precisión de lo que se debate con la formulación de la NULIDAD ABSOLUTA de los mismos, por parte de la actora:

"... Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares". [La cursiva es el Tribunal].

" ... b). Paz y Salvo

Las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato, incluyendo pero sin limitarse a daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios, y otros similares" (...). [La cursiva es del Tribunal].

Tres son las circunstancias que se debaten en torno al OBJETO ILÍCITO:

- 1). La violación del *orden público o interés público*;
- 2). La infracción de normas de *derecho público*; y
- 3). La inobservancia de *normas imperativas*, que se estudian seguidamente, en su orden, y en dos grupos, para extraer del examen las conclusiones correspondientes:

1). Violación del orden público o el interés público:

LAUDO ARBITRAL

Se procede al particular análisis de esta causal porque la parte demandante *sólo formuló la pretensión de nulidad absoluta, sin indicar el motivo generador de la misma*. No encuentran necesario los árbitros hacer un exhaustivo estudio doctrinario de lo que significa el "orden público o el interés público", porque la idea no está en discusión, pero, se detienen en el significado y alcance que tienen las nociones (sentido *ontológico* de las mismas) frente a la autonomía de la voluntad contractual, para establecer si lo referente a las indemnizaciones por terminación anticipada del contrato podía ser "objeto" lícito de las reglas contenidas en la cláusula 55 del tantas veces citado contrato.

Los árbitros quieren dejar advertido, primero de todo, que de conformidad con el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, recopilado en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, la "autonomía" que se reconoce a la cláusula compromisoria faculta a los árbitros para conocer y decidir conflictos que se refieran a la existencia y *validez* de ella como del contrato del cual forma parte, por lo cual pueden resolver pretensiones y excepciones relativas a toda clase de nulidades sustanciales, pues, el legislador no distinguló ni estableció ninguna restricción al respecto, ya que textualmente permite adelantar procesos arbitrales en los que se discutan la existencia y validez de los negocios jurídicos a los cuales accedan o se refieran las cláusulas compromisorias de las cuales derivan competencia los árbitros, en este caso, específicamente, de la Cláusula 51 literal d) del contrato 287 y de la cláusula cuarta (4ª) del Acta de terminación del mismo, con base en las cuales se formula el reclamo ya precisado sobre la cláusula 55 de tal contrato.

Para los árbitros los conceptos de *interés público* (o social como se denomina en otras legislaciones) y *orden público*, si bien son diferentes, resultan inescindibles para la organización y funcionamiento de la sociedad políticamente organizada. El alcance del "interés público" no es otro que lo que faculta y justifica la intervención de la autoridad pública en la vida social, que debe dirigirse y estar orientada hacia la consecución del "bien colectivo", de modo que la actuación del ente estatal se consuma en pretensiones relacionadas con las necesidades comunitarias, ya que la sociedad política debe estar dirigida mediante la intervención directa y permanente del Estado, de lo que se concluye que el interés público rebasa al interés individual, cuando el derecho de la colectividad es afectado por el interés particular, razón por la cual debe aquél ser protegido. El "orden público", por su parte, se traduce en que viene impuesto por la autoridad pública a los particulares, como límite a su libertad de actuación en el campo del derecho, en particular, en la esfera en que el particular puede hacer uso de su autonomía de voluntad contractual. Por ello, en el derecho privado, el orden público obra como límite o barrera a la autonomía del sujeto de derecho para celebrar actos o negocios jurídicos, mediante principios y reglas de derecho, en virtud de lo cual son nulos los actos o contratos cuyo contenido sea contrario a los intereses colectivos. De ahí que al estar en juego el bien superior de la comunidad, bajo las esfera de los dos principios, tanto el derecho civil, en el artículo 16, y el derecho comercial, por medio del artículo 822, se valgan de ellos para proclamar la invalidez por causa de nulidad absoluta fundada en "ilicitud del objeto" de los actos o contratos en que salga lesionado el interés público.

La "limitación" que surge de los dos conceptos, y de las normas jurídicas que los consagran, son, por consiguiente, *EXCEPCIONALES* como lo tiene advertido la doctrina, al referirse a idénticas o similares concepciones [Ver, arts. 6, C.C. Francés y 21 C.C. Argentino]. Como en el ámbito jurídico el Estado obra "de derecho" mas no de hecho, hay que partir de la base que se reconoce como legítima la autonomía de la voluntad contractual y el respeto a los derechos adquiridos, entendiéndose por tanto que las normas que gobiernan el interés público y el orden público son las que consagran preceptos que, por vía de excepción, recortan o limitan la libertad de contratación. De lo dicho se concluye que las limitaciones, restricciones o prohibiciones, por causa y en razón de tales principios, a la autonomía de la voluntad negocial deben estar contenidas en normas o preceptos o enunciados jurídicos, y que mientras ellos no existan resulta lícito el "objeto" de los actos y contratos, en razón de lo cual adquieren "validez". Es que, por su naturaleza, las leyes, preceptos o enunciados de orden público (o de interés público) son la "excepción" en el derecho privado, que, como se sabe, regula relaciones de los individuos entre sí, y se inspira en principios de libertad individual, sólo limitada cuando su ejercicio puede convertirse en causa de turbación o peligro del orden público o del interés social, siendo, justamente, en esos casos típicos, expresos y reclados, en que, el legislador enfrentado ante un conflicto de intereses (uno privado y otro general), o a los desarrollos jurisprudenciales, juzga su deber hacer primar imperativamente dichas disposiciones normativas [Ver, EDUARDO B. BUSSO, Código Civil Anotado, pág. 198, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1958].

LAUDO ARBITRAL

Es principio de derecho universalmente aceptado que las normas, preceptos o enunciados reguladores del *orden público* y del *interés público*, por ser de tipo *exceptivo*, no pueden conducir a que se haga de ellas una *interpretación extensiva* que pretenda llevar su alcance a casos que no están expresa y literalmente previstos en ellos. Son singularidades que se apartan de la regla general. El artículo 31 del Código Civil obliga a interpretar la aludida preceptiva en forma estricta y rigurosa, lo cual está en consonancia con la jurisprudencia, la que ha precisado que en la interpretación de las leyes prohibitivas, del talante comentado, no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Casación Civil, del 14 de diciembre de 1998], de suerte que deben interpretarse y aplicarse restrictivamente [Ver, CORTE SUPREMA, Sentencia de Casación Civil, de 29 de septiembre de 1917, no por vieja menos importante].

2). Violación de normas de derecho público, o imperativas, o contra las buenas costumbres:

No hay necesidad de repetir lo expuesto sobre el objeto ilícito por violación al *interés público* o al *orden público*, para afirmar que esta clase de NULIDAD ABSOLUTA exige que exista una norma, precepto o enunciado jurídico que prohíba o limite a los particulares el ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, con relación a un punto concreto y determinado, y que, mientras tal precepto no esté consagrado en el derecho positivo las partes gozan de licitud para la celebración de convenciones y contratos. Pero, a más de eso, el motivo de contrariedad debe ser probado plenamente, no siendo bastante alegarlo, en forma genérica o específica.

Así las cosas, la parte actora está en el deber de precisar los HECHOS en que funda la existencia del vicio de invalidez, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo componen, así como la CLASE de nulidad que invoca (absoluta o relativa) y la CAUSAL que alega como PRETENSION de la demanda. Pero, ello no es todo, porque dicha parte procesal está obligada además a indicar cuál es EL PRECEPTO, NORMA O ENUNCIADO CONCLUCADO O VIOLADO, que, por vía exceptiva, restringida y literal, impide la celebración de cierta convención. Esta es la forma de plantear la existencia de una nulidad absoluta (sustantiva). Ahora, como lo que se impugna en este proceso bajo el rótulo escueto de NULIDAD ABSOLUTA son los apartes ya destacados de la Cláusula cincuenta y cinco (55) del CONTRATO No. 287, en su generalidad denominada COMPENSACION POR TERMINACION ANTICIPADA, deben los árbitros detenerse en estos aspectos y hacer el trabajo de verificar cada causal de nulidad absoluta por objeto ilícito para extraer las conclusiones pertinentes:

a). En los HECHOS de la demanda no se relaciona situación fáctica concreta y determinada que sirva de fundamento para la alegación de la NULIDAD ABSOLUTA de los apartes ya mencionados de la cláusula 55 del contrato, y en esencia, el discurso de tales hechos se adelanta abierta y claramente a dar paso a la reclamación de la indemnización de perjuicios;

b). No se detalla hecho que, unido a sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, permitan deducir que tal comportamiento o conducta de los contratantes entraña o comporta una causal de NULIDAD ABSOLUTA por objeto ilícito, tipificada y existente a la celebración del contrato, sobre los apartes discutidos de la cláusula 55 del contrato, ni cuál de ellas es;

c). Se destaca que la redacción del HECHO 42 de la demanda corregida e integrada, alude directamente al Acta de Terminación del contrato 287, pero no se refiere al contrato mismo ni a lo discutido sobre el tenor literal de los apartes impugnados por NULIDAD ABSOLUTA de la cláusula 55, como tampoco hace referencia a la existencia de NULIDAD ABSOLUTA de tales apartes, ni precisa la causal que lo podría configurar, y menos aún que lo acordado por los contratantes en dichos apartes (de la cláusula 55 del contrato) violara una norma protectora del interés público, el orden público, el derecho público, o un precepto imperativo, que tampoco se cita ni concreta, siendo que los preceptos exceptivos de la validez de la declaración de la voluntad contractual implican la existencia de una norma (precepto o enunciado) de derecho positivo, que sea suficiente para producir la invalidez por vía de nulidad absoluta;

d). En la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL de la demanda, se emplea el rótulo a secas de la NULIDAD ABSOLUTA para pedir que se declare su existencia respecto de los Apartes cuestionados en el litigio, correspondientes a la Cláusula 55 del contrato, pero tampoco se expresa

LAUDO ARBITRAL

la causal tipificada que sirve de fundamento a ella, y que busca que los árbitros dejen establecida o probada;

e). En el APARTADO de la DEMANDA, correspondiente a los FUNDAMENTOS DE DERECHO de la misma, el apoderado de la parte actora cita las normas y principios que rigen la responsabilidad contractual y la indemnización de perjuicios, tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, *pero omite citar los fundamentos jurídicos en que pudiera sustentarse la solicitud de declaración de nulidad absoluta de los apartes de la cláusula 55 del contrato, que, de haber estado presentes en el libelo, al menos hubieran servido para hacer la constatación de lo dispuesto en dichos apartados del clausulado y lo dispuesto por el derecho positivo.*

Bajo estas circunstancias la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL (Nulidad Absoluta), de los apartados impugnados de la cláusula contractual No. 55, no guarda relación sustancial, material o de contenido, de causa fáctica (*causa petendi*) a efecto jurídico con ningún HECHO de la demanda, de modo que, a juicio de los Árbitros, no hay la congruencia necesaria entre unos y otra, precisa y clara, para prosperidad de lo pedido (*petitum*), según lo disponen los numerales 5 y 6 del artículo 75 del C.P.C., no como requisito formal sino como elemento material.

La doctrina nacional, sin necesidad de recurrir a la extranjera para este caso, enseña que la demanda debe contener los HECHOS claros, precisos y completos en que se basa la misma, y que sirven luego de fundamento a sus Pretensiones, porque la decisión de los árbitros se sustenta en los hechos, y respecto de ellos se atribuye el derecho. [Ver, G.J., Tomo LXX, pág. 429, sentencia del 13 de septiembre de 1951, TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI]. Así, a juicio de los árbitros, cada motivo de nulidad absoluta sustantiva debe tener en la demanda la inclusión de sus correspondientes hechos, debidamente segmentados y fundados. De igual manera, *la parte demandante no adujo causal específica de nulidad sobre el asunto cuestionado, ni probó la existencia de precepto de derecho positivo que dejara sin validez lo acordado por los contratantes (en la cláusula 55 del contrato), como corresponde ante la justicia rogada.*

Para los árbitros resulta meridiano que a tenor de lo preceptuado por el artículo 1742 del Código Civil, cuya doctrina es aplicable a la legislación mercantil, por expresa disposición del artículo 822 de esta última, y el propio artículo 899 C. Co., la PARTE que pida en juicio la declaración de una NULIDAD SUSTANTIVA DE CARÁCTER ABSOLUTO, como en el presente caso, debe "ALEGARLA", y ese verbo significa que la debe *discutir* por sus hechos y frente al *derecho*. [Ver, CABANELLAS, GUILLERMO,]. Recalcan los árbitros el verbo rector, a tenor del artículo 1742 C.C., *no es solicitar o proponer, sino ALEGAR*, lo que debe hacerse en el aparte correspondiente de los HECHOS de la demanda y de las PRETENSIONES. [Dícese entonces de "alegar": *aducir, argumentar, justificar, traer uno a favor de su propósito, como prueba algún hecho, traer o aportar razones en defensa de una causa, y más simple aun, sustentar una petición*]. Lo propio se predica del régimen de contratación administrativa (como lo consagra la ley de contratación pública y su reforma). La doctrina civil inspira en este caso a la administrativa sobre estas materias, con lo que se tiene que dicho principio es universal, como se confirma seguidamente.

De esta manera los árbitros arriban a la conclusión que la parte actora no probó la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL, y por ello habrá de denegarse.

Sin embargo, como pudiera pensarse que los árbitros tenían el deber de estudiar y declarar de oficio la existencia de una NULIDAD ABSOLUTA, según el artículo 1742 C.C., *no pueden llegar a declararla porque no aparece de manifiesto, de bulto u ostensiblemente en el proceso y con respecto a los apartes impugnados de la cláusula 55, como lo indica la norma fundante (Art. 1742 C.C.), y ello es así porque no hay HECHOS incontrovertibles contenidos en la demanda que sustenten y configuren una causal específica y concreta de la nulidad sustantiva por objeto ilícito, ya que la parte demandante no los determinó ni los relacionó o vinculó con cierta causal específica, como era su deber, y apenas, si alegó la nulidad absoluta *in genere*, ni han encontrado los árbitros, en el mejor propósito de hacer esa evaluación oficiosa, -pese a existir petición de parte en tal sentido-, que exista una norma, precepto o enunciado de derecho que haga prevalecer al interés público, al orden público, al derecho público, al precepto imperativo o a las buenas costumbres, que, al tenerse de presente, ineludible y de bulto pusieran en evidencia una flagrante violación de estas limitantes al examinar el contenido demandado de la cláusula 55.*

LAUDO ARBITRAL

Con todo, este examen oficioso de las causales de nulidad absoluta de los apartados demandados de la cláusula 55 se extendió a las contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, aplicables a la contratación administrativa, así como a los enunciados desarrollados por la jurisprudencia sobre esta materia, que posteriormente fueron empleados por la actora para basar la configuración de la nulidad absoluta en sus alegaciones de conclusión, habiendo llegado los árbitros a concluir del examen pertinente, que las citadas normas consagran como causales de nulidad de los contratos administrativos, las previstas en el derecho común, detalladas ya en el CAPITULO SEGUNDO del presente laudo, estudiadas una a una, y respecto de las cuales se llegó a la conclusión que no se configuraban.

Pero, adicionalmente los árbitros agregan las que a continuación se indican, y sacan las conclusiones respectivas:

- 1). La celebración del contrato por personas incursoas en *inhabilidad o incompatibilidad* constitucional o legal para contratar, que no aparece probada siquiera sumariamente y mucho menos de bulto o inequívocamente manifiesta dentro del expediente de este proceso, como corresponde a la declaración oficiosa de la nulidad absoluta por parte del juez o del árbitro. Aplicada esta causal al contrato 287 la inhabilidad o incompatibilidad no fueron asunto del presente proceso;
- 2). La celebración del contrato *contra expresa prohibición constitucional o legal*, en torno a la cual no hallaron los árbitros ninguna norma de orden superior o legal que de forma explícita e inequívoca indicara que los apartes impugnados de la cláusula 55 del contrato 287 estuvieran prohibidos. El tipo o clase contrato de derecho privado, de la estirpe del 287, no estaba prohibido norma constitucional o legal;
- 3). La celebración del contrato/cláusula con *desviación de poder*, parte de la administración pública. En torno a esta causal la parte convocante no alegó ni probó en la oportunidad procesal debida, motivo que indicara que las reglas contractuales para la indemnización de perjuicios, en caso de terminación anticipada del aludido contrato, fuesen ilegales. Los árbitros se ocuparán en el CAPITULO OCTAVO, de definir lo concerniente a la viabilidad jurídica de aplicar o no dicha estipulación a la terminación anticipada del contrato, correspondiente a la PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL;
- 4). En cuanto a la declaración de *nulidad absoluta de los actos administrativos* en que se fundamenta el contrato: En el expediente arbitral no existe prueba alguna que acredite el decreto de la nulidad absoluta mencionada, como tampoco fue alegada por la convocante por esta causal específica; y
- 5). La celebración del contrato *desconociendo los criterios de garantía* previstos a otros oferentes en condiciones de competitividad, a que alude el artículo 21 de la Ley 80 de 1993: Este asunto no se ha discutido en el proceso ni existe prueba plena de la configuración de la causal para su declaración oficiosa. En consecuencia, del examen supletivo y que por iniciativa propia hicieron los árbitros sobre las susodichas causales, propias de la contratación administrativa, a falta de su determinación expresa por la demandante, los éstos no encuentran configurada la nulidad absoluta para declararla de oficio.

Con relación a los motivos generadores de **NULIDAD ABSOLUTA** con base en el OBJETO ILICITO de los apartes demandados de la Cláusula 55, los árbitros reafirman lo dicho y llegan a conclusiones con base en el examen y valoración de los siguientes medios probatorios, así:

a). Declaraciones de testigos:

Las declaraciones de la doctora **María Cristina Valencia Rodríguez** (folios 168 a 202, Cdno 10), **Alexander Sánchez Rodríguez** (folios 277), **Pedro Abel Londoño Londoño** (folios 147 final y 148 a Inicio) y **Gabriel Mauricio Cabrera Galvis** [Folio 082 y ss], quienes, interrogados por el apoderado de la sociedad convocada, depusieron sobre el particular, que en la negociación del contrato citado no hubo causal alguna de invalidez, eficacia (o *ilegalidad*) (ver Cdno 10), y

LAUDO ARBITRAL

b). La declaración de parte de representantes legales de las sociedades convocantes, integrantes del consorcio, pedida por la parte demandada:

1). El doctor **Mario Eduardo Herrera Gonzalez**, representante legal de la Sociedad Bogotana de Asfaltos S.A, integrante del consorcio ACUAVALLE-2010, al ser preguntado por el apoderado de la sociedad convocada, si existió algún motivo de ilegalidad, invalidez, etc., con relación a la celebración del contrato 287-2010, claramente respondió: "¿Se refiere a si el contrato tenía una legalidad o alguna cosa? **No, no hay ningún pronunciamiento en ese sentido;** y cuando se menciona el incumplimiento en comunicaciones que se hicieron llegar a la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS se refiere ya al desarrollo mismo del contrato" (folio 199, Cdno 10), y al ser interrogado por los árbitros, contestó, acerca de la causal de NULIDAD ABSOLUTA por OBJETO ILÍCITO, ya predicada, lo siguiente (pretensión segunda principal) (folios 192 a 215, Cdno 10):

--"Que el objeto social de Acuavalle constituía una actividad lícita, y no impedía la celebración del contrato aludido, a cuyo efecto dijo, **la actividad es lícita.**" (Folios 205, Cdno 10);

--"Que el objeto social de Acuavalle y de las sociedades integrantes del consorcio no violaban el interés público y el orden público, y contesto, **"no lo viola."** (Folios 205, Cdno 10);

--"Que la sociedad representada por él no se encontraba inhabilitada y no existía incompatibilidad para participar en la licitación y contratar, como parte del consorcio, y dijo: **"no hay ninguna razón de incompatibilidad o inhabilidad."** (Folios 206, Cdno 10)";

--"Que la sociedad que representa y Acuavalle no se encontraban ante disposición constitucional o legal que prohibiera la celebración del contrato, expresó: **no señor** (Folio 207, Cdno 10);

--"Que el contrato 287 no se había celebrado con desviación del poder por parte de Acuavalle, contesto: **"no señor"** (Folio 207 final, Cdno 10)";

--que la actuación administrativa del negocio no había sido declarada nula o dejada sin efectos por la administración pública, dijo: **"no señor"** (folio 208, Cdno 10)", y

--"Que en el proceso correspondiente a dicho contrato no se había violado la garantía de intervenir a otros interesados y se había hecho todo dentro de la competitividad, contestó: **"las opciones o condiciones de la oferta pues eran para todos similares"** (Folio 208, Cdno 10).

2). El doctor **Juan Sebastián Rivera Palacio**, representante legal de la sociedad INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, integrante del consorcio ACUAVALLE-2010, al ser preguntado por el apoderado de la sociedad convocada, si existió algún motivo de ilegalidad, invalidez, etc., con relación a la celebración del contrato 287-2010, claramente respondió a la pregunta 11: **"No, presionada no;** la situación se daba para que si la entidad expresaba su voluntad de no ejecutar un contrato y que no le era conveniente, pues el todo, consorcio si le veía pues ese, pues si el contratante no quiere ejecutar un contrato, uno es un ejecutor, vimos eso como una posible salida a la problemática ya que llevaba para esa fecha diez meses de solución".

El mismo testigo Juan Sebastián Rivera Palacio, a la pregunta 12, que reformuló la anterior pregunta en el sentido de si el acta de terminación del contrato y liquidación se hizo libre de cualquier apremio, y si fue un verdadero común acuerdo, y una libre expresión de voluntades, dijo: **"si fue un acuerdo que se hizo a partir de varias reuniones, como lo dije anteriormente, a la cual yo asistí casi a todas, no fui a donde se firmó el acta de liquidación parcial, pero si era un acuerdo muy claro donde entramos y liquidamos parcialmente el contrato teniendo en cuenta unos valores que se pedían, nos informaban en las reuniones, ACUAVALLE, hasta donde nos podían pagar en ese momento, según una fórmula establecida en el contrato y que ya posterior a esa firma todas las demás cifras que se consideraran se iban a un Tribunal de Arbitramento"**. (Folios 225 a 226, Cdno 10).

Este testigo, al ser interrogado por los árbitros sobre la nulidad por *objeto ilícito*, respondió:

--"Que el objeto social de Acuavalle constituía una actividad lícita, y no impedía la celebración del contrato aludido, a cuyo efecto dijo, **la actividad es lícita,** expresó: **"lícita"** (Folios 232, Cdno 10);

--"Que el objeto social de Acuavalle y de las sociedades integrantes del consorcio no violaban el interés público y el orden público, y expresó lo siguiente: **"pues en lo que yo conozco y en las funciones que tuve dentro del CONSORCIO y el análisis y gestión del contrato, el contrato antes era para el interés público."** (Folios 232, Cdno 10);

--"Que la sociedad representada por él no se encontraba inhabilitada y no existía incompatibilidad para participar en la licitación y contratar, como parte del consorcio, y dijo: **"no señor"** (Folios 233, Cdno 10)";

LAUDO ARBITRAL

- "Que la sociedad que representa y Acuavalle no se encontraban ante disposición constitucional o legal que prohibiera la celebración del contrato, expresó: "en ningún momento" (Folio 233, Cdno 10);
- "Que el contrato 287 no se había celebrado con desviación del poder por parte de Acuavalle, contestó: "fue mediante una licitación pública" (Folios 233 abajo, 234 inicio, Cdno 10)";
- que la actuación administrativa del negocio no había sido declarada nula o dejada sin efectos por la administración pública, dijo: "según mi conocimiento, no" (folio 234, Cdno 10)", y
- "Que en el proceso correspondiente a dicho contrato no se había violado la garantía de intervenir a otros interesados y se había hecho todo dentro de la competencia, contestó: "tuvieron todas las garantías y no se le violaron los derechos a nadie" (Folio 234, Cdno 10).

Por lo dicho la causal de NULIDAD ABSOLUTA por OBJETO ILÍCITO del contrato 287 y, de los apartes demandados de la cláusula 55 de éste, no puede prosperar.

CAPÍTULO QUINTO

LA PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: LA INEFICACIA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA

El término "ineficacia" no tiene una idea ni un contenido *concreto*, como tampoco constituye estrictamente una acción sustancial, y, antes bien, resulta por sí mismo insuficiente para fijar las consecuencias que de él se derivan, máxime que frente a la teoría clásica de la ineficacia de los actos o contratos, acogida por nuestro ordenamiento civil, sólo es predicable la nulidad, que debe ser declarada por sentencia judicial en firme, proferida en ocasiones aun de oficio, y en otras únicamente a petición de parte. Así, ante esta compleja situación tenemos que empezar por decir que la "ineficacia" está referida a anomalías o defectos, en general, imperfecciones que pueden presentar los actos jurídicos en su celebración, que, en principio, pueden originarse por vicios que ostentan las partes contratantes, o por el objeto del negocio jurídico, o por cuestiones de solemnidad impuestas para la creación del acto, o por la falta de una autorización de autoridad pública para su perfeccionamiento.

Fuera de la ineficacia de tipo "civil", el ordenamiento privado no reconoce otras formas de anomalía del acto o contrato, por lo que deben los árbitros trasladarse a la legislación *comercial*, que, a pesar de haber expresado que acogía los preceptos del código civil en materia de las obligaciones contractuales y su prueba, según el artículo 822, termina por crear en forma paralela otras modalidades propias que recogen anomalías o defectos de los actos o contratos, y opta por consignarlos en los artículos 897 a 904 del C. Co. Es evidente que se haga esta referencia porque en el caso presente se trata de un contrato de derecho privado. No se descarta que habida cuenta que la jurisprudencia ha desarrollado situaciones de invalidez en la contratación pública, tales causas o motivos sean tenidos en cuenta y deban aplicarse a la contratación privada.

Así, entonces, la "ineficacia" es un vocablo amplio y genérico, que comprende varias situaciones, que va desde la *inexistencia*, la *nulidad absoluta*, la *nulidad relativa* o anulabilidad, la *nulidad individual* y la *nulidad parcial*, hasta la *inoponibilidad* [Ver, ENRIQUE GAVIRIA GUTIERREZ, Lecciones de Derecho Comercial, 3ª edición, pág. 201, Editorial Biblioteca Jurídica Dikó, Medellín, 1989]. [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Rad. 2002-00189, M.P. César Julio Valencia Copete, y CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia de 5 de agosto de 1994, C.P. Miguel González R].

Ante tal estado de cosas, sea en razón de la legislación civil o de la comercial, o de los principios rectores de la contratación administrativa, para que pueda hablarse de la ineficacia de una convención jurídica es siempre necesario y presupuesto que exista una norma, precepto o principio que claramente imponga que tal actuación es ineficaz, y que procede de la nulidad

LAUDO ARBITRAL

absoluta, la nulidad relativa (anulabilidad), o de la inoponibilidad, y que el hecho que se alegue corresponda a la tipicidad de la figura.

La formulación de la **INEFICACIA** (Inexistencia, invalidez por nulidad absoluta o relativa, e inoponibilidad,) se encuentra regulada en la siguiente disposición del Código de Comercio, así: *"Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial."*

Se trata, por lo mismo, de **ineficacias singulares**, definidas por el legislador con un criterio casuista, para situaciones particulares y específicas (artículos 897, 899, 900 y 901, y 902 del C. Co.), sin que ellas se rijan por una regulación legal de carácter general (a modo de instituto), que contenga los motivos o las causas que generan la ineficacia de un acto jurídico. Esto significa que la ineficacia no puede aplicarse fuera de los casos expresamente determinados por la ley. La otra característica de la ineficacia es que no requiere declaración judicial, lo cual significa que ella se produce en forma automática. Por ello la jurisprudencia ha dicho de la ineficacia lo siguiente: *"Esta ineficacia ostenta tipicidad legal rígida, es de derecho estricto, presupone norma o texto expreso, claro e inequívoco ("cuando en este código se exprese"), aplica en los casos taxativos previstos por la ley, es restringida, restrictiva, excepcional, excluye la analogía legis o iuris, aplicación e interpretación extensiva, no admite generalización ni extensión al regularse en normas imperativas, es drástica, per se e inmediatamente al acto, sin declaración judicial, aun cuando las controversias en torno a su procedencia, supuestos fácticos u ocurrencia o la solución de las situaciones jurídicas contrahechas al margen de la ineficacia la requieran* [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de septiembre de 2011]. [Resaltado de los árbitros].

Así las cosas, las figuras o modalidades de la INEFICACIA y las causales que la generan, se concretan en la **inexistencia, la invalidez por nulidad absoluta, o por anulabilidad, y la inoponibilidad**, y sólo de esta manera puede ser entendida la ley (Art. 897 del Código de Comercio).

Cualquiera sea el tipo de INEFICACIA (Inexistencia, invalidez por nulidad absoluta o relativa, o inoponibilidad), la conducta humana que la cause siempre debe violar una **norma o precepto imperativo**, que dispone lo contrario a lo actuado. Sin norma o precepto que consagre la ineficacia no puede perder el acto su eficacia jurídica. Con suma razón, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ha reiterado que *"Suelen distinguirse, de manera general, tres categorías de acuerdos ineficaces en términos genéricos: los inexistentes, los inválidos y los inoponibles; así, puede decirse que el negocio jurídico es ineficaz cuando se opone a una norma imperativa, lo cual significa que la ley puede contemplar, y en efecto prevé, frente a los casos de violación de normas imperativas, consecuencias distintas; son estas, precisamente, las que propician la necesidad de distinguir entre condiciones para la existencia, la validez y la eficacia"*. [Ver, Sala de Casación Civil, Sentencia de 6 de agosto de 2010, Rad. 2002-00189, M.P. César Julio Valencia Copete]. [Negrillas fuera de texto].

Desde el punto de vista de la doctrina la ineficacia se concibe así: El eminente jurista **LUIS DIEZ PICAZO** afirma: *"Si por sanción entendemos la reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción se comprende enseguida por qué la ineficacia se sitúa dentro del repertorio de sanciones que el orden jurídico aplica al negocio jurídico irregular. La irregularidad del negocio jurídico es una cierta disconformidad entre el negocio tal y como es previsto por el ordenamiento jurídico (tipo negocial) y el negocio jurídico tal y como ha sido realizado (negocio real, realidad negocial). Esta discrepancia entre la realidad y la tipicidad negocial entraña una infracción, puesto que, por hipótesis, la norma jurídica ordena el más perfecto ajuste entre ambas categorías"*. [Sistema de Derecho Civil, pág. 522]. [Resaltado de los árbitros].

A su turno, el profesor nacional **ENRIQUE GAVIRIA** expresa la siguiente opinión: *"No hay en el Código de Comercio causales generales de Ineficacia, como si las hay para la nulidad y la inexistencia; existen por el contrario, un sinnúmero de ineficacias particulares, que no obedecen a ningún criterio uniforme y que han sido consagradas en la ley para castigar, en términos más severos y expeditos, las violaciones de normas cuyo contenido se ha considerado especialmente importante."* [Lecciones de Derecho Comercial, pág. 201 ss, 2ª edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1987]. [Negrillas fuera de texto].

LAUDO ARBITRAL

Ahora, como la parte convocante al formular la PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL (que alude a la declaratoria de nulidad absoluta), invoca igual **LA INEFICACIA**; **LA INVALIDEZ** y la **ILEGALIDAD** contra los apartes demandados de la Cláusula 55 del contrato 287, sin haber llegado al menos en el caso de **LA INEFICACIA** a concretar la situación, *hecho, comportamiento o motivo que la genera*, -entre los que se acaban de mencionar en el párrafo inmediatamente anterior-, y a hacer su debida y rigurosa demostración, los árbitros no tienen otra alternativa que proceder al examen separado de **LA INEFICACIA** y de cada uno de los motivos que la causan (inexistencia, invalidez por nulidad absoluta o anulabilidad, o inoponibilidad), para finalmente ocuparse de **LA ILEGALIDAD**, a fin de sacar las conclusiones de cada una de ellas que en derecho sean pertinentes. *Sin perder de vista, que en todos los casos de INEFICACIA debe existir una norma o precepto legal de carácter imperativo que impida a las partes del acto su celebración.*

A). INEFICACIA POR CAUSA DE INEXISTENCIA:

La INEXISTENCIA implica ausencia de acto, simplemente no existe, nunca ha nacido a la vida jurídica, y como ha sostenido la doctrina la inexistencia es aún más destructora que la ineficacia, dado que nada se crea en el ámbito jurídico. Este fenómeno está reconocido en el artículo 898 del Código de Comercio. Conforme a dicha norma la *inexistencia* exige el cumplimiento de requisitos fundamentales (esenciales) para la configuración típica de un acto o contrato, que, como se dejó visto en los CAPITULO PRIMERO de la parte TRES de las CONSIDERACIONES, y capítulo SEGUNDO de la parte CUATRO de las mismas, son tres: La declaración de voluntades coincidentes con trascendencia para obrar en el campo del derecho, la existencia de un contenido (u objeto), y la certeza de su aparición mediante la adopción de una solemnidad sustancial cuando la ley la imponga. Eso es lo indispensable o mínimo para que el acto jurídico nazca, simplemente, para que surja a la vida jurídica, sin indagar si ha nacido sano o viciado. [Ver, JORGE HERNAN GIL, Teoría General de la Ineficacia, pág. 42, Editorial Kimpres Ltda, Bogotá, 2007]. Se trata, pues, de elementos sin los cuales el acto jurídico no puede existir (i); como la compraventa sin precio, o un leasing sin opción de compra), lo que no da posibilidad a las partes para su ratificación o convalidación, porque donde nada ha habido nada se puede arreglar.

Hechas las consideraciones jurídicas, en el CAPITULO CUARTO, literal A), de la parte TERCERA de las CONSIDERACIONES del laudo, pasan los árbitros a concluir si la causal de inexistencia se configura en el presente caso:

1). El contrato No. 287-2010, al cual pertenece la cláusula 55, que se celebró entre convocantes y convocada, en forma por demás clara pone de presente la *intención o voluntad con intención o trascendencia jurídica* de las partes para que naciera a la vida jurídica; basta para ello tener en cuenta el Párrafo Inicial o introductorio de dicho contrato, en el cual, al final del mismo, se lee *"...hemos convenido en celebrar el presente contrato..."* [Ver, página 1ª de éste], lo que a todas luces deja ver la presencia del acuerdo de voluntades de ambas partes para celebrar el negocio jurídico que él contiene, y la emisión de su consentimiento encaminado a dicho efecto, y luego, al final del mismo, se firma éste en constancia de lo que reza en él [Ver, pág. 110 del contrato; folios 510, Cdno 1.1];

2). Del propio modo, la parte INTRODUCTORIA del contrato en que está insertada la cláusula 55 demandada en parte, señala las razones por las cuales ambas partes deciden la celebración del acto jurídico bilateral [págs. 1 y 2 del mismo, folios 411 y 412, Cdno 1.1];

3). De igual modo se deduce la "voluntad" encaminada a la celebración del Contrato; se establece con meridiana claridad su contenido (el cual es objeto de la declaración, pues, en la Cláusula 1 del referido negocio jurídico, se concreta a qué van dirigida esas voluntades, *resumidas*, por su extensión, en la realización por cuenta propia y riesgo del contratista de la totalidad de las actividades de diseño, construcción de obras, financiación, gestión social, gestión ambiental y gestión predial, transferencia de las obras que construya y la realización de todas las actividades necesarias relativas a la infraestructura de los Pliegos de Condiciones de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y de sus actividades complementarias, destinadas a la prestación de los servicios públicos mencionados, a tenor del régimen jurídico aplicable al contrato, contenidos en el Pliego de Condiciones de la solicitud pública de ofertas, de la oferta presentada por el consorcio, y de los Apéndices que hacen parte del contrato, para el Plan de

LAUDO ARBITRAL

Inversiones 2010-2015, según los términos establecidos en el texto del contrato [Ver, pág. 2 del contrato, folio 412, Cdno 1.1];

4). Para no hacer innecesaria la citada información sobre los elementos de existencia del contrato (voluntad y contenido), basta ver cómo y de qué manera frente al Pliego de Condiciones hecho por el CONCEDENTE, en el que plasmaba su voluntad jurídica, económica y técnica de la contratación, No. 0272010, el consorcio contratista formuló Oferta con el propósito de lograr la adjudicación del contrato, así como la Resolución No. 000249 de 19 de noviembre de 2010, de la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A., E.S.P., por medio del cual se adjudicó a los oferentes, aquí convocantes, el Contrato derivado de la Solicitud Pública de Oferta No. 027-2010; y

5). La simple manifestación de la parte demandante en el sentido de solicitar la nulidad absoluta del contrato aludido, es suficiente prueba que supone la existencia del contrato aludido.

Las razones de *hecho* y de *derecho* expuestas aquí son suficientes para demostrar que no está llamada a prosperar la causal de INEXISTENCIA del negocio jurídico No. 287-2010, por vía de la INEFICACIA, como se deduce de la Pretensión Primera Subsidiaria de la SEGUNDA PRINCIPAL. Ahora, como lo discutido en la pretensión aludida son estrictamente los apartes demandados de la Cláusula 55 del contrato, y no el contrato en su integridad, que quedó terminado por mutuo acuerdo, los árbitros precisan que tanto aquél como ella (contrato y cláusula) nacieron a la vida jurídica, y que la discusión entre sujetos procesales no es cuestión de NACIMIENTO o no de los apartados clausulares demandados, sino de definir si lo estipulado en las dos (2) partes de la cláusula 55, que son materia de debate procesal son o no eficaces en derecho, pues el debate se centra en alegar y decidir es si los apartes censurados gozan o no de plena validez jurídica.

Luogo, si el contrato fue celebrado lo propio debe ser afirmado sobre la Cláusula 55 (*accessorio secundum principalis*).

D). INEFICACIA POR LA INVALIDEZ: LA NULIDAD ABSOLUTA, PARCIAL O TOTAL, Y PLURILATERAL:

Para el análisis de esta causal, a que podría dar pie el empleo indeterminado del vocablo "INEFICACIA", usado escuetamente por el apoderado de la parte convocante, en la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL, ya que la PRIMERA PRINCIPAL aludía a la NULIDAD ABSOLUTA de los apartes impugnados de la cláusula 55 del contrato 287, no es del caso que los árbitros vuelvan a ocuparse del tema de la NULIDAD ABSOLUTA porque sus consideraciones y conclusiones quedaron establecidos en el CAPITULO CUARTO, de la CUARTA PARTE, de las consideraciones del Laudo, referido a los requisitos de la validez de los actos o contratos, y en la integridad del CAPITULO QUINTO de la misma CUARTA PARTE de las consideraciones de esta providencia, que contiene las consecuencias de la invalidez, en particular, de la nulidad absoluta, con relación concreta a los apartes demandados de la cláusula 55.

Como quiera que la Demanda reformada e integrada indicó que la nulidad absoluta versaba sobre los apartes demandados de la cláusula 55, así planteada debe ser vista como una solicitud de nulidad "parcial", que al ser despachada negativamente, como se dejó dicho en los capítulos citados del laudo, abarca a las tres personas jurídicas integrantes del consorcio referido, a tenor de los artículos 902 y 903 C. Co.

**C). INEFICACIA POR VICIOS DEL CONSENTIMIENTO:
(NULIDAD RELATIVA)**

Como el acto jurídico puede nacer por la presencia de vicios del consentimiento (Arts. 1518 C.C. y 900 C. Co.), de ser demostrada la existencia de tales vicios para llegar a la declaratoria de "ineficacia" de aquél.

LAUDO ARBITRAL

Como la parte demandante introdujo a sus PRETENSIONES la INEFICACIA, y dentro de ella queda legalmente comprendida la NULIDAD RELATIVA por vicios del consentimiento, los árbitros se ocuparán de darle alcance a esa proposición, -materia de la que no hizo ésta reserva ni exclusión alguna-, para establecer si los vicios aludidos hacen presencia en los hechos y peticiones de la demanda, siempre en referencia a las probanzas que obran en el expediente, a fin de concretar cuál vicio del consentimiento se produjo, en qué consistió, la manera como el vicio se llevó a cabo, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su acaecimiento.

Los árbitros, para sustentar su conclusión acerca de la actuación de las partes contratantes en la celebración del contrato 287, se soportan en los siguientes medios de prueba:

Enfatizando lo concerniente a la NULIDAD RELATIVA (ANULABILIDAD), por vía de *Ineficacia*, que se genera por vicios en el consentimiento, cabe recalcar que **no se formuló en los HECHOS sobre los cuales se planteó el debate procesal por la parte convocante, en forma literal, clara y explícita, mediante un hecho debidamente fundado en todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, que pudiera servir de materia litigiosa o discutible, y llevar a cabo respecto a él, su valoración probatoria, bien para aceptar su existencia o negar la presencia del error, la fuerza o el dolo, con relación a los citados apartes impugnados de la Cláusula 55, según doctrina del Código Civil (artículo 1508), [Ver, artículo 900 C. Co.], por actuación imputable a la parte convocada.**

No existe en los HECHOS de la demanda reformada y unificada, la exposición de un HECHO completo, claro, inequívoco y debidamente fundado, que verse sobre el ERROR, LA FUERZA o EL DOLO al contratar, como el que requieren los árbitros a tal efecto, de modo que no se percibe huella material constatable o verificable por las pruebas obrantes en el expediente, así como sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del vicio, que indiquen que el consentimiento de las partes convocantes resultó viciado por la presencia inequívoca de un error, fuerza o dolo ejercidos o imputables a la convocada en la celebración del contrato, y más en concreto, para lograr insertar en el mismo los apartes demandados de la cláusula 55.

No hay, pues, en la demanda reformada y unificada en ninguno de los HECHOS que sirven de sustento a las pretensiones, situación o comportamiento fáctico-jurídico que establezca plenamente que el comportamiento de la sociedad convocada, en la negociación y celebración del CONTRATO 287 y su cláusula 55, como persona jurídica capaz, hubiera estado signado por actitudes que indicaran que ella obró en tal acto jurídico en presencia de causales de nulidad relativa del contrato y, en especial, respecto a los apartes impugnados de la cláusula 55. Tan evidente resulta lo anterior que a esta altura del laudo no es posible saber cuál vicio del consentimiento intervino o hizo presencia en la negociación contractual, ni cuál fue el comportamiento fáctico-jurídico que lo produjo, ni las circunstancias de su configuración, la manera como el vicio se pudo llevar a cabo, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que debieron acompañar la formulación de un HECHO de esta naturaleza, máxime siendo la presente una demanda contenciosa, de tipo declarativo y de condena.

Es evidente que el consentimiento debe ser real, sano, lo que significa que debe estar exento de vicios (error, fuerza o dolo), (artículo 1508 C.C.). El *error esencial* se presenta en la naturaleza del negocio que se celebra, lo cual no ocurre aquí porque ambas partes estaban identificadas en la naturaleza y clase del contrato a celebrar y con quién se celebraba (artículos 1509, 1510, incs 1 y 2 del 1511, 1512 y 1524 C.C.). El *dolo* en sí implica una maquinación fraudulenta o engañosa o artificio para conseguir el consentimiento de la otra parte, a condición de ser determinante (artículo 1515 C.C.), nada de lo cual se ha predicado en el proceso. Queda entonces la *fuerza o violencia* como vicio del consentimiento, que puede conducir a la anulación del contrato (artículos 1504, 1741, 1743, 1750 C.C.). Pero, no cualquier fuerza viciaría el consentimiento contractual sino aquella que reúna las siguientes condiciones, examinadas por el tratadista **ALVARO PEREZ VIVES**, [ob cit., Volumen I, Primera parte, págs. 201ss], y acogidas por la jurisprudencia:

- a). Que sea injusta, grave y determinante;
- b). Que produzca una impresión fuerte en una de las partes del contrato, bien de manera física (*vis absoluta*) o moral (*vis compulsiva*), caracterizada por su sano juicio; [Ver, **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sala de Casación civil, sentencia de 9 de febrero de 1932, G.J. No 1883, Pág. 463];
- c). Que la impresión fuerte se produzca en una persona de sano juicio (considerando su sexo, edad y condición), es decir, debe infundir miedo (elementos objetivo y subjetivo

LAUDO ARBITRAL

- respectivamente). Si se trata de víctima persona jurídica se predica de ellas pero a través de sus administradores o representantes legales;
- d). El miedo infundido debe llegar al estado de consentir en vez de verse expuesta la persona a un mal mayor, inevitable y grave;
- e). En consecuencia, coartar o menguar la libertad de decisión que demanda la ley para el ejercicio válido de la disposición de intereses en el negocio jurídico [Ver, EMILIO BETTI, Teoría General del Negocio Jurídico, traducido por A. Martín Pérez, Pág. 397ss, Editorial Comares, Granada (E), 2000]. En esencia, lo que vicia la voluntad no es la fuerza en sí, sino el miedo (*metus*) que a través de ella se infunde en el ánimo de la víctima y la compele a dar su consentimiento en el negocio jurídico;
- f). Las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejerce la fuerza, su experiencia o inexperiencia, ignorancia o conocimientos, dependencia, debilidad mental, necesidad o ligereza en la situación, etc.;
- g). Que el mal amenace a la persona que padece la fuerza o a sus bienes, cónyuge, o parientes;
- h). Que la fuerza sea actual e inminente o concomitante al momento de celebrar el contrato;
- i). Que con la fuerza se persiga una ventaja injusta o en abuso del derecho;
- j). Que provenga de la otra parte o de un tercero; y
- k). Que sea probada por los medios legales.

Esta es la actual doctrina del H. CONSEJO DE ESTADO, cuya carga probatoria está en la parte convocante, y sin cuya demostración no se puede afirmar jurídicamente la existencia de error, fuerza o dolo en la emisión del consentimiento, como se concluye de lo dicho por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, [Sentencia de 26 de julio de 2012, Exp. 23.605, M.P. Danilo Rojas Betancouth].

Los siguientes medios probatorios de que se valen los árbitros corroboran que los vicios del consentimiento no se configuraron, en especial, la fuerza o violencia, los cuales se citan así:

a). Declaraciones de testigos:

Las declaraciones de la doctora María Cristina Valencia Rodríguez (folios 168 a 202), Alexander Sánchez Rodríguez (folios 277), Pedro Abel Londoño Londoño (folios 147 final y 148 a inicio) y Gabriel Mauricio Cabrera Galvis [Folio 082 y ss], quienes, interrogados por el apoderado de la sociedad convocada, depusieron que en la negociación del contrato citado no hubo causal alguna de ilegalidad (nulidad, invalidez, ineficacia, etc), en lo que queda incluida la ilegalidad proveniente de los vicios del consentimiento (Ver, Cdnó 10).

b). Declaraciones de parte (representantes legales de las sociedades convocantes):

1). El doctor Mario Eduardo Herrera González, representante legal de la Sociedad Bogotana de Asfaltos S.A, integrante del consorcio ACUAVALLE-2010, al ser preguntado si existió algún motivo de ilegalidad (nulidad, invalidez, ineficacia, etc), con relación a la celebración del contrato 287-2010, claramente respondió: "¿Se refiere a si el contrato tenía una legalidad o alguna cosa? No, no hay ningún pronunciamiento en ese sentido; y cuando se menciona el incumplimiento en comunicaciones que se hicieron llegar a la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS se refiere ya al desarrollo mismo del contrato" (folio 199, Cdnó 10), y al ser interrogado por el Tribunal, contestó, acerca de la causal de VICIOS DEL CONSENTIMIENTO, ya predicada, lo siguiente (pretensión segunda principal) (folios 192 a 215, Cdnó 10):

--"Preguntado si la sociedad fue representada por el obró con error, fuerza o con dolo, para la celebración del contrato 287, dijo, después de serle explicado cada uno de esos dichos términos, y dijo, "no señor." (Folios 209, Cdnó 10);

2). El doctor Juan Sebastián Rivera Palacio, representante legal de la sociedad INGENIERÍA Y VÍAS S.A.S, integrante del consorcio ACUAVALLE-2010, al ser preguntado, si existió algún motivo de ilegalidad (nulidad, invalidez, ineficacia, etc), con relación a la celebración del

LAUDO ARBITRAL

contrato 287-2010, claramente respondió: "En el proceso licitatorio participamos libremente". (Folio 235, Cdno 10).

3). El doctor Alfonso Vejarano Samper, representante legal de la sociedad VICON S.A, integrante del consorcio ACUAVALLE-2010, al ser preguntado, si existió algún motivo de ilegalidad (nulidad, invalidez, ineficacia, etc), con relación a la celebración del contrato 287-2010, claramente respondió: "Como usted lo presenta no, doctor; la verdad no tenemos digamos dolo o fuerza. Sencillamente me reafirmo en que pues yo estoy es por hacer contratos no por tener alguna sanción". (Folio 256, Cdno 10).

Finalmente, la parte demandante no formuló explícitamente y a su favor la inexistencia de la nulidad relativa, y los Árbitros no pueden declararla de oficio por el carácter que ella tiene.

D). LA INEFICACIA POR CAUSA DE LA INOPONIBILIDAD:

Insistiendo los árbitros que el apoderado de la parte convocante empleó la locución INEFICACIA, en sentido amplio, y que ello implica asimismo el estudio de algunas situaciones que pueden quedar comprendidas en aquella, proceden a ocuparse ahora de la INOPONIBILIDAD.

El artículo 901 del Código de Comercio expresa literalmente: "Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exige". [Negrilla fuera de texto]. Al respecto debe tenerse en cuenta: El acto o contrato celebrado sólo obliga a quienes intervienen en él como parte, con fundamento en el principio de la ley de la relatividad contractual, ningún tercero tiene injerencia en ellos, a menos que se vulnere un derecho suyo o se le cause algún perjuicio. La ley comercial define en qué caso el tercero puede hacer valer su derecho frente a las partes contratantes, esto es, cuando no se hayan cumplido los requisitos de publicidad legalmente impuestos. Aún sin cumplirse la exigencia de la *publicidad* el negocio jurídico es válido inter-partes, pero no respecto del tercero. [Son ejemplos de dicha situación los artículos 112, 158, 300, y 525 C. Co., entre otros].

La inoponibilidad, con causa legal en la falta de *publicidad* del acto o contrato, opera de pleno derecho con relación al tercero.

La INOPONIBILIDAD supone, de simple lógica, que quien debe valerse de ella, por vía de acción o de excepción, es el TERCERO afectado por el contrato, no son las partes. Así las cosas, en el presente proceso arbitral *no hay reclamación alguna de terceros*, por vía de inoponibilidad, ni menos pudo quedar discutida ni probada su lesión jurídica o patrimonial. Por consiguiente, LA INOPONIBILIDAD, por vía de la INEFICACIA genérica no cabe dentro de la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA de la SEGUNDA PRINCIPAL, no es aplicable para definir lo concerniente a la impugnación de los apartados de la cláusula 55, porque esa pretensión deriva de una de las partes contra la otra, y no del tercero, por lo cual los apartes demandados de la cláusula CINCUENTA Y CINCO del contrato 287, por la causal de INEFICACIA, no pierden su validez jurídica.

E). INEFICACIA POR LA ILEGALIDAD:

En la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA a la SEGUNDA PRINCIPAL, que versa sobre la INEFICACIA, aplicable a la inexistencia, invalidez por nulidad absoluta o anulabilidad, e inoponibilidad, según doctrina y jurisprudencia, resta adelantar el estudio de la llamada "ILEGALIDAD" (con referencia a los apartes atacados de la cláusula 55 del contrato).

1). Condiciones de la ilegalidad:

Para llegar a la consideración de la idea de "ilegalidad" hay que examinar primero su antecedente y antítesis, la legalidad. En la esfera de la contratación, que es el fundamento de la discusión en litigio, la "legalidad" es la calidad de legal o proveniente de la ley de la actuación de las partes del negocio jurídico, esto es, que la han observado y atemperado a ella. Es sinónimo de licitud en el actuar contractual o negocial, y, por lo mismo, denota legitimidad o licitud. En esencia significa

LAUDO ARBITRAL

que el régimen jurídico positivo ha sido tenido en cuenta por las partes, y que por su observancia plena el acto o contrato ha nacido a la vida jurídica sanamente. La "legalidad" constituye un principio que opera tanto en la esfera de la actuación de los particulares como de los entes estatales, aunque, con diferente connotación. Si se mira al contrato no es cosa distinta a que previo conocimiento del régimen jurídico, que se entiende público y conocido de todos, se llega a la conclusión que el negocio jurídico ha nacido y satisface sus condiciones de validez y eficacia. Ello, supone, en consecuencia, que existen normas superiores a la propia voluntad de los contratantes que deben ser observadas, sin posibilidad de ser alteradas. Por tanto, no puede haber violación del principio de la "legalidad" mientras no exista una disposición de derecho positivo que prohíba cierta actuación de los contratantes, de cuya infracción se deduzca que el contrato no nació, o es inválido o ineficaz.

Se trata entonces de la presencia de una norma/precepto IMPERATIVO que las partes hayan violado, y jamás puede predicarse dicho principio cuando los contratantes se apartan de un precepto meramente "supletivo", cuya obligatoriedad opera a falta de estipulación en contrario, que mute sus efectos. Así las cosas, la "ilegalidad" tiene que sustentarse en la infracción a una norma prohibitiva o de un principio igualmente prohibitivo, y más claro aún, al incumplimiento de ley o precepto imperativo [Ver, GUILLERMO CABANELLAS, Tomo II, pág. 336].

Puede haber en tal caso una infracción de los contratantes, pero, ello no basta para alegar de inmediato la "ilegalidad", porque quien pretenda esa especie de declaración está obligado a probar que el contrato (o parte suya) está prohibido por una norma/precepto IMPERATIVO o por un principio superior a la voluntad contractual, (*actore incumbet probatio*), a cuyo efecto debe precisar cuál es el precepto/principio positivo infringido de tipo prohibitivo o de naturaleza imperativa, y los hechos que lo configuran.

Concretándose los árbitros al toma de debate procesal, enfatizan dos cuestiones de importancia: La *primera*, que el actor tiene el deber de precisar cuál es la ley prohibitiva o imperativa, que le quita el nacimiento, o la validez o la eficacia a los apartes impugnados de la Cláusula 55 del contrato, que constituye el centro de discusión jurídica de la SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL (nulidad absoluta) y de la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL (Ineficacia, Invalidez o Ilegalidad), y *segunda*, que observan que en la formulación concreta de la pretensión subsidiaria de "ilegalidad", la actora no fundó su solicitud en norma alguna, se repite, prohibitiva o imperativa, que impida a los contratantes pactar en torno a los dos apartes censurados de la aludida Cláusula 55, que está referida básicamente a la materia de los perjuicios en caso de terminación anticipada del contrato. [Basta ver la Demanda reformada e integrada, correspondiente al punto de los FUNDAMENTOS DE DERECHO, para concluir que la demandante no citó ninguna norma positiva para fundar en ella la nulidad absoluta, la inexistencia, la ineficacia o la ilegalidad de los apartes demandados de la Cláusula 55. Pese a todo, los árbitros han vuelto a revisar la legislación civil y comercial, la jurisprudencia y doctrina, y no encuentran norma prohibitiva o imperativa que sirva de fundamento a la pretensión de "ilegalidad" pedida y no fundamentada en derecho por las actoras, de modo que por esta vía los apartados demandados de la CLAUSULA 55 del contrato en mención mantienen su validez.

2). Mérito probatorio de las declaraciones de los testigos y de las declaraciones de parte de los demandantes:

2.1 En relación con los testigos y su declaración:

Los árbitros se ocuparon antes de considerar las condiciones de *existencia* y *validez* del medio testimonial, y destacaron su presencia en el presente proceso. Lo hacen ahora con relación a su *eficacia* para concretar el mérito que los árbitros le asignan a las declaraciones de testigos. Sea lo primero reiterar que ninguno de los voceros de las partes propuso tacha de parcialidad de los testigos, y sólo el apoderado de la parte demandante pidió que el examen de su declaración se hiciera con el rigor de ley.

En cuanto concierne a la *eficacia* de los testimonios como medio de prueba, los árbitros quieren poner de presente lo siguiente:

LAUDO ARBITRAL

- a). Los hechos sobre los cuales se interrogó a los testigos pertenecían a la esfera de su actividad, ocupación y/o relación con la situación procesal discutida, y no desbordaron el objeto propio del testimonio;
- b). La declaración resulta conveniente y útil para la formación de la convicción de los árbitros acerca de hechos que son de interés procesal;
- c). La capacidad mental de los testigos no fue controvertida y en la recepción de las declaraciones no se observó signo alguno de perturbación mental en los testigos;
- d). Tampoco alegaron las partes ni advirtieron los árbitros que existiera en los declarantes algún síntoma o manifestación de perturbación psicológica o de otro orden, de entidad tal que distorsionara su percepción de los hechos acerca de los cuales fueron interrogados;
- e). La capacidad memorativa de los testigos es normal;
- f). No fue advertido ningún interés personal directo o indirecto de los testigos para alterar los hechos o sus circunstancias;
- g). Las respuestas dadas por los testigos a las preguntas formuladas no evidencian ni permiten concluir a los árbitros que sus respuestas por lo general adolecieran de fundamento, y se ubicaron en las circunstancias de tiempo, modo o lugar;
- h). El conocimiento de los hechos acerca de los que fueron preguntados en principio está acorde con las circunstancias que rodearon los hechos, y no se advierte contradicción entre una y otra respuesta suya, o que adolezcan de vaguedad o incoherencia;
- i). En parte alguna del expediente consta que las partes o sus apoderados o el agente del ministerio público hubieran alegado y probado dolo del testigo o falsedad en su dicho;
- j). Las personas naturales que declararon son ciudadanos, mayores de edad, de profesión y ocupación definidas, gozan de aceptación social y su credibilidad personal o moral o ética no tiene reparo comunitario ni se controvertió en el proceso, y cada uno estaba en condiciones de probidad para expresar con libertad y espontaneidad su percepción personal de los hechos sobre los que depusieron.

Bajo estas condiciones eminentemente probatorias los árbitros confieren a las declaraciones recibidas a los testigos, *eficacia probatoria*, por lo cual tienen la certidumbre que los testigos dieron sus respuestas fundamentadamente y de ellas concluye el mérito de su dicho (Ver, artículo 187 C.P.C.).

2.2 Mérito probatorio de las declaraciones de parte (representantes legales de las sociedades demandantes integrantes del consorcio):

Los árbitros se ocupan ahora de examinar la *eficacia* del medio probatorio de declaraciones de parte, conforme a interrogatorio que se hiciera a los representantes legales de las sociedades comerciales integrantes del consorcio Acuavalle 2010, señores Mario Eduardo Herrera, Juan Sebastián Rivera y Alfonso Vejarano Samper, a cuyo efecto se efectúan las siguientes consideraciones probatorias que surgen de la práctica de tal medio:

- a). La inexistencia, en el presente caso, de prohibición alguna de la ley para que la declaración de los representantes legales tuviera efecto sobre la disponibilidad objetiva del derecho discutido;
- b). Los declarantes estaban legitimados para hacer confesiones en el proceso;
- c). Las declaraciones rendidas ante la aptitud legal en que se encontraban los representantes legales, afirma la idoneidad de su dicho en relación a algunas de las acciones ejercidas en las pretensiones de la demanda corregida (inexistencia, ineficacia, nulidad absoluta e ilegalidad);
- d). Los hechos acerca de los cuales depusieron los tres representantes legales son pertinentes en relación con el litigio y las pretensiones ya señaladas;
- e). Las situaciones fácticas sobre los cuales fueron interrogados los representantes legales corresponden a eventos de la demanda corregida, controvertidos por la parte demandada, por lo que se trata de hechos jurídicamente posibles y no constitulan cosa juzgada formal y material en proceso anterior entre las mismas partes;
- f). La declaración de éstas personas no adolece de objeto o causa ilícitos, ni se hizo en presencia de dolo o fraude de los exponentes; y
- g). Las declaraciones no hicieron empleando algún vicio del consentimiento contra los deponentes.

LAUDO ARBITRAL

Lo anterior, unido a las respuestas dadas por los declarantes de parte, respecto a las preguntas concernientes a la invalidez, Ineficacia, Nulidad absoluta o ilegalidad, formuladas como pretensiones in genere de la demanda, son clara manifestación de la inexistencia de motivo legal alguno que justifique la prosperidad de las aludidas pretensiones, y, antes bien, constituyen confesión acerca de que ciertamente su proposición o formulación carecía de fundamento jurídico, razón por la cual atribuye a tales declaraciones el carácter de plena prueba que desvirtúa lo pedido (Ver, artículos 194 y 198 C.P.C.).

A todo lo anterior se agrega que el contrato cuya validez se discutió entorno a la Cláusula 55, se encuentra terminado por mutuo acuerdo.

CAPITULO SEXTO

**CAUSALES ESPECÍFICAS DE NULIDAD ABSOLUTA
PROPUESTAS POR LA PARTE DEMANDANTE,
EN LAS ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN**

En el memorial de alegaciones de conclusión la parte actora expone que las estipulaciones demandadas de la cláusula 55, son absolutamente nulas por contener una **renuncia anticipada** al cobro de la indemnización de perjuicios, como quiera que el capital de la sociedad contratante es enteramente público, el contrato involucra obras de interés general, y el contratista era un colaborador de la administración pública. Los árbitros a esta afirmación manifiestan que, aun en el evento de dar por sentadas dichas manifestaciones, el contrato celebrado pertenece al derecho privado, como lo expresa la parte actora en sus citadas alegaciones.

Al respecto, teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas ya consignadas en el laudo, se agregan las que siguen, no sin dejar de advertir antes que la señora PROCURADORA delegada, como agente del Ministerio Público, en su concepto-alegaciones de conclusión expresó que, si la demandante buscaba el pronunciamiento de los árbitros sobre pretensiones no formuladas en la demanda o su reforma, llevaba a los árbitros a proveer erradamente, y que la fundamentación fáctica y jurídica de las causales alegadas por la actora en sus alegaciones finales, no pudo ser controvertida por la convocante y por el propio Ministerio Público, lo que era violatorio del derecho de defensa, de contradicción, y del debido proceso, y que la formulación así hecha de tales causales se hizo fuera de tiempo [Ver, págs. 138 y 139, de las alegaciones de Procuradora]. Para resolver se hacen las siguientes consideraciones:

1). *La cláusula 55 del contrato no fue el resultado de la libertad negocial inherente a la contratación privada:*

Al respecto, no debe perderse de vista que el contrato 287 corresponde, como ya se afirmó, al derecho privado, como lo dice la propia demandante en sus alegaciones. Por tanto, las normas aplicables a él son las propias de la contratación ordinaria, sin que ello implique que se desconozcan los principios de función administrativa y de gestión fiscal. Siendo así, los árbitros tienen el criterio que las reglas aplicables en materia de *indemnización* de perjuicios son las consagradas en la legislación civil, y que en dicha codificación existe el suficiente fundamento para concluir sobre el punto. [Basta ver de qué manera los artículos 1604, inciso final; 1616, último inciso; y 1732, entre otros, del Código Civil Colombiano, regulan el asunto]. Ellas demuestran con meridiana claridad que sobre el particular rige el principio de la autonomía de la voluntad contractual (de las partes). Es evidente que los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato no hacen desaparecer el derecho a la reclamación y pago de la indemnización de perjuicios por parte del contratista, sino que por mutuo acuerdo, como igual se celebró el contrato, convienen determinar la forma y términos en que dicha responsabilidad debía entenderse y expresarse en el contrato. Pero, adicionalmente debe dejarse en claro que los apartes discutidos del texto contractual corresponden a la *"terminación anticipada"* del contrato, y que, a criterio de los

LAUDO ARBITRAL

Árbitros en forma alguna pretendía eliminar de modo absoluto, como una renuncia general y anticipada, el derecho de una cualquiera de las partes para reclamar indemnización de perjuicios por causa de incumplimiento del contrato.

Muy difícil resulta ahora admitir que todo el contrato se celebró con manifestación expresa del consentimiento, menos lo estipulado en la cláusula 55, y menos aún que no se hubiera reclamado antes contra dicha supuesta arbitrariedad de la contratante, sino después de la terminación del contrato por mutuo acuerdo, y luego de haber efectuado una liquidación consensuada en la que quedó pactado que la discusión sobre algunos ítems referidos a la reclamación de perjuicios podía hacerse por vía arbitral.

En criterio de los árbitros los apartes demandados de la cláusula 55 sí fueron el resultado de la libertad negocial inherente a la contratación privada, pues, el consorcio Acuavalle-2010 se hizo parte en el proceso licitatorio, intervino en él, conoció el texto de la minuta sugerida de contratación, la estudió, como hizo con el resto de los requisitos de la licitación, no formuló objeciones sobre el tema de reclamación, y terminó aceptando el contrato y la cláusula, con pleno conocimiento y plena advertencia, de lo que se colige en sana lógica que valió la incidencia del alcance económico de dicha estipulación para formular su propuesta en la licitación.

Los árbitros, en atención a lo anterior, encuentran razonable la afirmación hecha por la señora PROCURADORA, como agente del Ministerio Público, que en el proceso de contratación no hubo una manifestación expresa, clara y precisa de las partes que hubiera glosado esta cláusula [Ver, parte final de la pág. 137 de sus Alegaciones de Conclusión]. *Que las cosas no resultaran finalmente como el consorcio pensaba, es cosa diferente, y de su directa responsabilidad.*

Estas cláusula de fijación de la responsabilidad contractual, a criterio de los árbitros, **no son ab initio ilegales, ni adolecen de nulidad absoluta o ineficacia por sí mismas.** Gravísimo sería negar el alcance de la voluntad contractual en este punto, y peor suponer que las disposiciones del código civil sobre la materia estuvieran, al menos, subrogadas por las subsiguientes razones expuestas en las alegaciones de la actora. Entonces el régimen aplicable sería el público y no el privado, y ninguna autoridad constitucional ni jurisdiccional a la fecha ha dejado sin efecto las disposiciones normativas privadas.

Tal acuerdo indemnizatorio es válido mientras no se renuncie anticipadamente a la reparación proveniente de dolo (o culpa grave), porque su condonación con antelación está prohibida (Art. 1522 C.C.), **o mientras no contenga un renuncia general absoluta y total del derecho a la reparación.** Por ello, los árbitros creen que la estipulación en la que las partes acuerdan el régimen de la indemnización de perjuicios, salvedad del dolo, o la renuncia general, está revestida de legalidad, y que al introducirse al contrato resulta tan vinculante como el contrato mismo, convirtiéndose de este modo en ley para ellas (Art. 1602 C.C.).

2). *Los principios de la función administrativa (art. 209 C.N.):*

La alusión a este particular y específico fundamento de la nulidad absoluta de los apartes demandados de la cláusula 55, no hicieron parte de la formulación explícita y clara de Hechos de la demanda reformada e integrada ni de sus fundamentos de derecho, y como tal no fue controvertida por la parte demandada, que sólo los conoció, al igual que los árbitros, al momento de los alegatos de conclusión, así como la agente del ministerio público (de lo cual ella se queja).

Aceptando que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se atengan a los principios de la función administrativa, lo cierto es que el régimen contractual aplicable es de derecho privado. Luego, lo primero que debe quedar en claro, y en su orden, es que el contrato se rige por las normas de derecho privado, y que en su praxis, desde luego cuenta el aludido principio de interés general y la protección del patrimonio público (Art. 13, Ley 1150/2007). Por consiguiente, es necesario traer de nuevo aquí lo dicho por los árbitros en cuanto a que la celebración del contrato aludido, y de la cláusula 55, son fruto de la libertad contractual, y que los contratantes tenían el derecho de convenir el régimen indemnizatorio, conforme a las reglas del derecho privado, y darle efecto vinculante.

LAUDO ARBITRAL

El punto entonces se centra en dilucidar si el contrato y la cláusula citada fueron celebrados transgrediendo los parámetros del principio mencionado. Pese a que la parte demandante, en su escrito de alegaciones, transcribe apartes de la comunicación de la Procuraduría, de fecha 9 de noviembre/2010, y hace lo mismo con la declaración de un testigo, los árbitros se detienen para hacer dos anotaciones pertinentes: El señor Procurador General de la Nación en el documento indicado, en ninguna parte manifiesta o expresa que esté configurada la existencia de la nulidad absoluta alegada, ni la ineficacia, invalidez o ilegalidad, sino que realiza una serie de observaciones a la estructuración económica y financiera del contrato y a los compromisos adquiridos a futuro. Lo mismo se infiere de lo manifestado por la Superintendencia de Servicios Públicos en su concepto SSPD-OJ-2009-306.

Ahora, en lo que toca a la declaración de la testigo María Cristina Valencia, en cuanto a su paso por Acuavalle, en torno a los principios generales de la función pública, los árbitros quieren dejar sentado que en ninguna parte de su declaración dice la testigo que la convocada, en este contrato en particular, hubiera violado o inobservado los principios de la función administrativa, o que los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato violaran tales principios.

A tenor del artículo 209 C.N., los postulados aplicables a la función administrativa son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Como la actora, en las alegaciones de conclusión, ha invocado tal principio, contenido de las reglas citadas, los árbitros pasan a sentar su criterio sobre el particular:

a). En la demanda corregida o integrada no existe ninguna situación de HECHO debida y explícitamente expuesta por las circunstancias propias del mismo, en términos de tiempo, modo y lugar, en que se plantee y materialice la violación concreta y fundamentada de uno de los postulados que integran el específico principio en referencia;

b). La demandante en el libelo demandatorio no dijo en dónde o en qué radicaba la nulidad absoluta por violación de las reglas anotadas, y se contrajo a hacer la alegación de la violación del aludido principio agotado el trámite del proceso, sin que tampoco, a juicio de los árbitros, probara que el acuerdo de la cláusula 55 era ilegal o contrario a derecho. En criterio de los árbitros la demandante debió hacer en la demanda la manifestación fundada y explícita de la forma como se violó ese principio y de qué manera tal cosa sucedió, lo cual además era de su propia conveniencia como fundamento de las pretensiones que formuló, y para que la parte convocada y el ministerio público pudieran controvertir los hechos específicos y su fundamentación jurídica: No bastaba alegar a favor el artículo 209 C.N., sino que a la luz de tal principio debió probar su configuración;

c). Los árbitros parten del supuesto que para ellos, los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato son de recibo y jurídicamente válidos, por las razones expuestas en el laudo, y que centrada la discusión en materia de indemnización de perjuicios, lo pactado al respecto sólo mira al interés particular del contratista, y no está prohibida la posibilidad que los contratantes pacten el régimen que sobre este aspecto habría de regir en el contrato 287;

d). Si se aceptase la tesis formulada por la demandante, por primera vez expuesta en el proceso en forma concreta en sus alegaciones finales, de que se trata de la renuncia a un derecho irrenunciable porque se prohíbe en tutela del interés común, se negaría tajantemente el principio y efecto de la autonomía de la voluntad en los contratos de derecho privado, para pactar aspectos económicos que son del interés particular de los contratantes, - lo cual ya ha sido expuesto- siendo que, las PROHIBICIONES a las renunciaciones de derechos patrimoniales deben ser consagradas expresamente en la ley, con mayor razón en el campo del derecho público, que es donde a tenor de las alegaciones de la actora, pretende situarlas la demandante para dar cabida a tal principio en la contratación privada;

e). Si se lee detenidamente la cláusula 55 se concluye sin duda que ella no contiene una renuncia "general" y "absoluta" al derecho a la indemnización de perjuicios en caso de terminación anticipada, porque en ella misma se lee que "...se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación Anticipada de este Contrato...", lo que indica que hacía presencia la indemnización de perjuicios, y que dicha indemnización abarcaba más que el daño emergente y el lucro cesante, a cuyo texto se remiten los árbitros. Luego, si se pactó el reconocimiento de perjuicios por terminación anticipada, lo que descarta que esa estipulación sea "general". No es "general" porque la materia indemnizatoria

LAUDO ARBITRAL

subsistía en el contrato, de modo que ante la causación de tales perjuicios, era viable su reclamación, en los términos pactados. Lo que hubo fue un pacto previo del régimen indemnizatorio. No sobra expresar que la PROCURADORA delegada, como agente del Ministerio Público en el proceso, dijo que el fundamento de la renuncia general y anticipada, esgrimido por parte de la actora, no podía aceptarse por constituir una pretensión extemporánea, expuesta en las alegaciones de conclusión [Ver, punto 5 de las alegaciones de dicha funcionaria];

f). Tampoco comparten los árbitros la manifestación de la convocante, en sus alegaciones de conclusión, en el sentido que la cláusula 55 no fue el resultado de la libertad negocial inherente a la contratación privada, con base en que el contrato fue predeterminado unilateralmente por la convocada, porque a su criterio no es lo mismo "predeterminar" que "imponer". En efecto, el texto sugerido del contrato formó parte del expediente licitatorio, lo cual quiere decir que la convocante lo puso en conocimiento de la convocada para su examen (predeterminación de la póliza contractual), y por ello la demandante conoció el objeto y alcance del contrato en específicos términos de derecho, su estructuración técnica y económica-financiera, sus etapas, obligaciones y derechos, etc., cosa que le facilitó el conocimiento concreto de la materialización de la licitación y de los compromisos que se adquirían, pero, ello no quiere decir, en opinión de los árbitros, que el contrato fuera impuesto, una camisa de fuerza, porque eso contraría la idea misma de contrato bilateral, y la demandante podía expresar su opinión en contrario para concretar determinadas materias o aspectos propios de la negociación. Si se mira la actuación del consorcio contratista se obtiene doble conclusión: Desde el punto de vista *jurídico* no le hizo reparo a lo estipulado en la cláusula 55, y terminó aceptándola, y desde la perspectiva de su conveniencia como negocio *lucrativo* no le dio la trascendencia que ahora expresa, lo que deja ver que calculó el riesgo del contenido de la cláusula, y en ese ejercicio primó su interés económico general y final. Siendo así la parte demandante no puede volver ahora sobre sus propios actos.

g). En criterio de los árbitros no es suficiente valerse del principio de la función administrativa, y de la gestión fiscal, para afirmar única y exclusivamente la nulidad absoluta de los apartados demandados de la cláusula 55, porque, dichos principios son rectores cuando la estipulación contractual versa sobre cuestiones en las cuales queda comprometido el interés general, es decir, cuando se trate de asuntos que de permitirse en los contratos de obras públicas terminarían por cambiar las reglas tutelares del interés público, o causando detrimento al patrimonio público (Arts 209 y 267 C.N.). Esta postura ha sido reiterada por la jurisprudencia, y la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en Sentencias de 20 de mayo/2003, Rad. 14.699; Sentencia de 9 de febrero/2005, Rad. 21.547; Sentencia de 23 de marzo/2006, Rad. 21.780; Sentencia de 10 de octubre/2007, Rad. 26.076; y Sentencia de 2 de diciembre/2008, Rad. 29.285]. De modo que, a tenor de los árbitros y según lo expresado, la invocación de tales principios no puede ser base para atacar la validez de la estipulación contractual de derecho privado, por demás permitida y lícita, en que las partes establecen el régimen indemnizatorio del contrato (para la terminación anticipada), por los motivos antes expuestos.

3). *La obligación de responder por daños antijurídicos (acción de reparación directa, Art. 90 C.N.):*

Esta argumentación y fundamentación no se hizo abiertamente en la demanda corregida o integrada, no fue controvertida por la parte convocada ni conocida por los árbitros ni por la agente del ministerio público sino al momento de los alegatos de conclusión. Sobre el particular los árbitros se pronuncian así:

Supone la acción de *reparación directa* la existencia de cuatro elementos fundamentales: La existencia de una conducta contraria a derecho, proveniente de un agente estatal, configurada por su actuación dolosa o gravemente culposa, como lo indica el artículo 90 de la Constitución Nacional; la existencia probada de un daño antijurídico con causa en aquella conducta; la relación de causalidad entre una y otro, y la formulación oportuna de la demanda (a fin de evitar su caducidad).

El argumento de la demandante en este caso, deducido de sus alegaciones, consiste -palabras más o palabras menos- en que debe declararse la nulidad o ineficacia de los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato, por generación de daño antijurídico, para dar vía libre a la reparación integral del daño antijurídico que plantea, y que imputa a la convocada en el presente proceso. La demandante se vale de este principio para fundamentar que la cláusula 55 es ilegal

LAUDO ARBITRAL

por contener una renuncia general al derecho a la reparación, a fin de que eliminado el contenido de los apartes demandados, por decisión de los árbitros, pueda ejercerse el derecho a la indemnización plena. Al respecto los árbitros mantienen el criterio que el establecimiento del régimen contractual indemnizatorio por las propias partes del contrato, para la terminación anticipada del contrato, no viola ninguna norma de derecho público o en que esté involucrado el interés público, como ha dejado expuesto en el laudo, ni sale afectado el principio de la función administrativa ni la gestión fiscal (Art. 209 y 267 C.N.). Por ello, en criterio de los árbitros no existe daño antijurídico, ni como tal se alegó en la demanda reformada e Integrada. Así, bajo el entendimiento de los árbitros la parte demandada no se ha sustraído a la Constitución Nacional al establecer concertadamente el régimen indemnizatorio en caso de terminación del contrato por mutuo acuerdo y en forma anticipada.

Si la derogación en este Proceso Arbitral de los apartes demandados de la cláusula 55 del citado contrato, se hiciese por vía del daño antijurídico y de la reparación directa, como lo pide la demandante con fundamento en el artículo 90 C.N., que solicita se aplique al contrato privado, los árbitros no resultarían competentes para ocuparse ni proferir condenas alrededor de la acción de reparación directa, porque el asunto correspondería privativamente a la Jurisdicción contencioso administrativo (Art. 140 CCA-PA), aunque, explícitamente estuviesen habilitados para ello por la cláusula compromisoria del contrato o por la obrante en la terminación y liquidación del mismo. Se trataría entonces de habilitar otra vía (la arbitral) paralela a la contencioso administrativa, para tramitar una acción cuyo conocimiento es propio de tal Jurisdicción, con el solo argumento de que, aunque, se trata de un contrato de derecho privado, los árbitros deben acoger los principios de la acción de reparación directa, y decidir el comportamiento antijurídico de la entidad pública (ACUAVALLE) en una causa privada y arbitral. Pero, es que aunque los Árbitros pudieran resultar competentes para ello, el fundamento de lo alegado por la demandante en este acápite, no tiene soporte jurídico sustancial.

Como si lo anterior fuera poco, la propia demandante *consintió* en un acto jurídico que contenía un régimen particular de la reparación, que *no entraña la renuncia general, anticipada y absoluta del derecho de indemnización*, como se ha dejado expuesto antes y se manifestará más adelante.

4). *La obligación de restablecer el equilibrio financiero del contrato e Imposibilidad de su renuncia anticipada:*

Ninguna de las pretensiones de la demanda modificada e Integrada versa específica y concretamente sobre el *restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, terminado y liquidado por mutuo acuerdo de las partes*. Tal cosa sólo es posible cuando se vea afectado el interés general y la utilidad pública, como lo dice la propia demandante en sus alegaciones finales. (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia der 26 de Julio/2012, Sección Tercera, Subsección B, de la Sala Contencioso administrativo).

En sana hermenéutica este tipo de contratos contiene cláusulas que miran al interés general y otras que son del resorte del interés particular de cada contratante, lo que obliga a distinguir. Ello es así por cuanto la parte fundamental de la estructura del contrato es su componente financiero, y si éste presenta un *desequilibrio* estaría en riesgo el interés general (que se mira respecto de la obra pública a ejecutar), en razón a que dicho *desequilibrio* impide la ejecución del contrato. Pero, si lo que se discute no es la *estructuración financiera del contrato y su equilibrio*, -asunto que está dirigido a que la obra pueda ser ejecutada-, dentro de las previsiones financieras determinadas (como se expresa en los apartes del Laudo de 8 de octubre/2012, que transcribe la propia demandante), sino el *régimen que los contratantes adopten para el reconocimiento de perjuicios materiales por terminación anticipada del contrato*, -en lo que ya se ha visto tienen suficiente autonomía contractual para su regulación, pues, sólo mira a su interés particular-, no se entiende existir lesión al interés público.

Justamente para evitar que los cambios en la estructuración del contrato den al traste con la obra, la ley reconoce el restablecimiento de su equilibrio financiero, como lo dice la doctrina del CONSEJO DE ESTADO [Ver, sentencia transcrita parcialmente en los alegatos de la demandante, pág. 103]. Siendo ello así, el *restablecimiento del equilibrio contractual se predica mientras el contrato está vigente y en ejecución*, razón por la cual el contratista puede solicitar que tal

LAUDO ARBITRAL

equilibrio se recomponga para poder ejecutar el contrato, o llevar a cabo el mismo y demandar luego para que el desbalance sea reconocido y compensado. Por ello no puede perderse de vista que el contrato, cuya cláusula 55 se discutió en dos apartes, terminó por el mutuo acuerdo y en forma anticipada, de lo que se colige que no se configuró desequilibrio financiero del mismo. No está, por consiguiente, en consideración aquí el equilibrio financiero.

Si se examina detenidamente la argumentación de la actora, el ejercicio de la acción con ese fin entraña un proceso contencioso sobre la base de una controversia declarativa y de condena del contratista contra la entidad pública contratante, en el que aquél debe alegar y probar los hechos pertinentes y formular las pretensiones del caso, a más de acreditar plenamente en el expediente la existencia de los requisitos legales de dicha acción [Como lo expresa el CONSEJO DE ESTADO en la citada sentencia]. Es claro que si del desequilibrio financiero surge una afectación del interés público, el contratista puede aspirar a lograr la recomposición del contrato, pero, así y todo, no existe una teoría general aplicable de modo estándar a toda controversia que se plantee, por lo cual cada caso debe ser examinado en forma independiente de los demás.

Por tal razón al no existir una teoría general aplicable al restablecimiento del equilibrio financiero, la jurisprudencia ha sentado las bases para llegar a concretar la figura, a cuyo efecto parte de establecer que ella ocurre cuando se trata de causas *sobrevinientes, imprevisibles y no imputables al afectado*, descartando su ocurrencia en aquellos casos en que el riesgo es siempre inherente al contrato, y adicionalmente se ha ocupado en establecer que el campo de aplicación de este fenómeno jurídico *solo puede tener ocurrencia cuando no se cumplen las obligaciones derivadas del contrato o cuando se introduzcan modificaciones abusivas, o cuando el desequilibrio se presente por actos del poder público que afecten negativamente al contrato (hechos del príncipe), o cuando intervienen circunstancias imprevisibles y externas, no imputables al Estado, pero con incidencia en el*, como se deduce de los apartes que se transcriben a continuación:

"...El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio. (...) Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por: a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no. b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato. c) Factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él. En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura." [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 17001-23-31-000-1996-05018-01(20344)].

Es cierto que ambas partes del proceso hicieron manifestación de incumplimiento del contrato, a lo largo del proceso, a cargo de la parte contraria, pero, que lo que resultó probado fue la terminación de tal contrato por mutuo acuerdo, supuesto del que partieron la demandante y la demandada, lo que claramente deja ver que la discusión acerca de su incumplimiento fue onervada por la decisión de rescillarlo. Ello indica que el consorcio contratista en últimas accedió a terminar aquél de mutuo acuerdo, y, por lo mismo, no se mantuvo en la posición de ejecutar el contrato ni de reclamar el incumplimiento contractual y de demandar por ello, circunstancia en la que en hipótesis hubiera podido alegar el desequilibrio financiero, al cual se refiere en las

LAUDO ARBITRAL

alegaciones, sino que declinó su reclamación de incumplimiento y puso fin al contrato mediante la resciliación del mismo (art. 1625 C.C.).

De conformidad a lo expresado por la jurisprudencia que se acaba de citar, los árbitros no encuentran que se satisfagan en el presente proceso los requisitos necesarios para que pueda hablarse del *desequilibrio financiero* del contrato, y que tampoco el eventual perjuicio que se hubiera podido alegar tuvo como causa una de las tres circunstancias indicadas en la jurisprudencia transcrita antes.

Además, no sólo terminó el contrato por mutuo disenso, sino que lo liquidó también conjuntamente en acta que obra en el expediente, y según lo acordado en ella el consorcio contratista limitó sus pretensiones económicas, no a la reestructuración del equilibrio financiero del contrato, sino a algunos ítems que alegaba a su favor y que la convocada al proceso negaba, los que debían ser discutidos en arbitraje.

En una reciente jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, que se refería al desequilibrio contractual, específicamente en cuanto a "sobrecostos" (*mayores costos*) de un contrato, esa Superioridad manifestó que no entraba a considerar dicho aspecto porque las partes habían firmado un convenio que constaba en un acta, en la que se definía el punto, lo que hace ver, según lo anotan los árbitros, *que el contrato se terminó de mutuo acuerdo y que el único aspecto que quedaba pendiente por definir eran algunos conceptos liquidatorios que se excluyeron al momento de efectuarse esta operación, y que debían ser ventilados en el proceso arbitral* [lo anterior puede constatare con la lectura del Acta de Terminación y Liquidación Contractual]. Así las cosas, *si ambas partes contratantes terminaron el contrato anticipadamente y de mutuo acuerdo, la obra no se ejecutó, finiquitaron sus diferencias sobre él por el modo de la resciliación, y el debate se concretó y circunscribió a los ítems excluidos con referencia a la cláusula 55 del mismo, no hay fundamento jurídico presente para alegar un desequilibrio económico financiero en las condiciones que la jurisprudencia exige.*

Basta leer y tener en cuenta el texto de la sentencia a que nos referimos para verificar lo dicho: *"...Con el propósito de analizar, como las normas lo ordenan, todos los argumentos del actor, la Sala a continuación analizará si con base en el llamado al "principio contractual del EQUILIBRIO ECONOMICO o del ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA", INYCONEL encuentra el sustento necesario para que se acojan las pretensiones de la demanda. En el presente caso, algunos de los hechos que podrían dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico serían aquellos ajenos a los eventos "exógenos a las partes del negocio", en los cuales además se cumpla la condición de que resultaren, en relación con INYCONEL "Imprevistos, posteriores, ajenos a su voluntad y no imputables a incumplimiento del otro contratante". Habida consideración de que el actor, dentro del libelo introductorio, hace el planteamiento del "principio contractual del EQUILIBRIO ECONOMICO o del ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA" a título de pretensión subsidiaria como base para obtener una decisión a su favor, pero que no concreta las razones por las cuales considera que hay lugar a que se aplique específicamente este principio al asunto sub iudice, la Sala analizará aquellos eventos respecto de los cuales entiende que se pide la aplicación respectiva. Los supuestos costos mayores en los cuales habría debido incurrir INYCONEL por concepto de las suspensiones y prórrogas al término de ejecución del contrato son imputables a la propia compañía contratista puesto que la suspensión del término de ejecución contractual no obedeció a una causa proveniente de EADE, sino de INYCONEL, en tanto que el servicio de transporte aéreo para los materiales de la obra, el cual no se pudo prestar a finales del año 1987 y comienzos de 1988, competía contractualmente a la firma contratista, de acuerdo con la estipulación expresa que al respecto comprende la cláusula décima segunda del contrato. Por tal razón el supuesto rompimiento del equilibrio económico, en el caso de que lo hubiera, no generaría obligaciones a cargo de EADE sino que debería ser asumido por INYCONEL, en tanto que habría sido ésta última la causante del mismo. En el mismo sentido no habría lugar a reclamar por "sobrecostos" durante la suspensión debido a que EADE e INYCONEL suscribieron el "OTROSI NUMERO 1 AL CONTRATO 1.647", en el cual la primera reconoció a la segunda "sobre los precios unitarios", de conformidad con la fórmula que al respecto se acordó, todos aquellos "mayores costos" que se originaren. El acuerdo de las partes respecto del valor de los reajustes se acredita con la mutua suscripción del documento mencionado y con el cruce de cartas entre EADE a INYCONEL, en el cual se evidencia suficientemente que las diferencias sobre los costos excesivos habían quedado solucionadas por el convenio de las partes. En relación con los "sobrecostos" por el transporte en helicóptero, tampoco habría lugar a reconocimiento porque el "ACTA DE PRECIOS NO PREVISTOS" del 20 de agosto de 1988, incluyó, entre otros valores, el relacionado con "valor*

LAUDO ARBITRAL

hora helicóptero", el cual ascendió a "\$376.545", de suerte que las partes pactaron respecto de sus diferencias sobre tal concepto." (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente (E): Mauricio Fajardo Gómez, veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 05001-23-26-000-1987-06047-01(1.7430). [Negrillas fuera de texto].

El proceso arbitral *no discurre entonces sobre el planteamiento del desequilibrio financiero del contrato*, no se establecieron en la demanda los fundamentos de los supuestos de hecho correspondientes, como tampoco se formularon Pretensiones en ese particular y preciso aspecto, máxime si se tiene en cuenta que el contrato *ya se había terminado*, sin que se cumpliera el objetivo final, y sin que el contratista hubiera ejecutado por su cuenta la obra prevista en él. Todo el debate se centró en quitarle el efecto jurídico a los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato 287, por nulidad absoluta, ineficacia, invalidez e ilegalidad, o por las causales contenidas en las alegaciones finales de la actora, para que caído o perdido éste se abriera paso la reclamación de los ítems excluidos en la liquidación de mutuo acuerdo.

5). *Las cláusulas abusivas:*

La fundamentación fáctica y las pretensiones de la demanda modificada e integrada no versan específicamente sobre la existencia de cláusulas abusivas en el contrato, lo cual no fue dado a conocer en esos oportunos momentos procesales a la parte convocada y al agente del ministerio público. Los árbitros consideran:

A). La posición asumida por los árbitros en el laudo respecto a la validez de los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato 287/2010:

A criterio de éstos ha quedado demostrado que las partes del contrato sí podían pactar el régimen indemnizatorio en caso de terminación anticipada y conjunta del mismo, y que su declaración de voluntad podía intervenir modificando el alcance de los artículos 1613 y 1614 C.C., puesto que dichas normas positivas no tienen carácter Inmodificable ni Imperativo, y que el régimen indemnizatorio acordado respecto a tal contrato, constituye una posibilidad de obrar en el campo del derecho, que no es contraria a la doctrina que rige la materia en el derecho privado. Los árbitros se ocuparán de estudiar lo referente a lo indicado en el presente literal, en el CAPÍTULO VIII, Pretensión Segunda subsidiaria de la Segunda Principal, CUARTA PARTE de las CONSIDERACIONES del presente laudo.

Con respecto a las *cláusulas abusivas*, -que así han sido considerados en las alegaciones de conclusión por la demandante los apartes demandados de la cláusula 55-, los árbitros expresan su criterio de la siguiente manera:

Aunque, no se discute que las partes de un contrato no pueden modificar o alterar el contenido de las disposiciones legales, cuando con ello se quebranta el orden público, o interés público, la moral y las buenas costumbres, o cuando resulten imperativas o prohibitivas, hay que tener en cuenta que en tales situaciones el propio ordenamiento positivo debe contener disposición legal que impida obrar de manera antijurídica, (como lo dispone el artículo 16 C.C.).

Ello, no es óbice para que las partes contratantes pacten lo que resulte más práctico o conveniente a sus intereses, en situaciones en que el derecho que tutela tales arreglos, no vulnere o contradiga los intereses superiores antes señalados, porque en tal caso las estipulaciones de los contratantes son el resultado legítimo de su capacidad dispositiva, en ausencia de reglas consideradas de orden o interés público. Si ello no fuera así, el "contrato" (visto en abstracto) desaparecería como fuente formal de las obligaciones jurídicas, por haber perdido de forma absoluta eficacia vinculante la expresión de la voluntad, lo que traería como efecto la exclusión de dicha fuente obligacional del texto del artículo 1494 C.C. Pero, no sólo es éste el fundamento de la existencia y validez del negocio contractual, sino que, además, el propio artículo 15 de dicha codificación, reafirma tal fundamento, en cuanto permite que las partes renuncien a los derechos conferidos en las leyes, cuando tal cosa apenas mire al interés particular del renunciante. Puede, sin embargo, haber casos en que la disposición del derecho, aún en tratándose del interés privado,

LAUDO ARBITRAL

no resulte viable por expresa disposición legal, en guarda de los principios superiores ya citados. Partiendo del supuesto de la existencia de un precepto prohibitivo o imperativo, que proteja el orden o interés público, o de un desarrollo jurisprudencial que considere a cierta actuación como contraria al derecho público o al bien común, es al fallador (árbitro o juez) a quien le corresponde en cada caso particular y concreto evaluar la situación en discusión, a la luz de los hechos y pruebas obrantes en el expediente, y de frente a la norma jurídica, con el fin de establecer bajo una interpretación sana de los hechos y de la ley si lo acordado por los sujetos se conforma al derecho o lo transgrede.

Las partes del contrato, investidas del grado necesario de libertad pueden, -y de ordinario ocurre con más frecuencia de lo supuesto-, pactar en los contratos estipulaciones en que de manera anticipada y con anterioridad a la ejecución o cumplimiento del contrato, formas o instrumentos a través de los cuales establecen un régimen de reparación, o indemnización por responsabilidad (contractual) en caso de incumplimiento de las obligaciones adquiridas. Tales regímenes pueden ser de dos clases: Aquellos en que se elimina por completo la obligación de reparar el daño que un contratante causa a otro, y los que parten de la base de reconocer el principio y derecho a la reparación, pero limitan la indemnización a cierto estado, y se fijan y conocen anticipadamente los límites, circunstancias y modalidades en que opera el resarcimiento del daño, o cuando se excluye. [Ver, OBdulio VELÁSQUEZ POSADA, Responsabilidad Civil Extracontractual, pág. 62, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2009]. La primera de las modalidades de estos acuerdos comporta una renuncia general y completa, por anticipado, de la responsabilidad civil indemnizatoria con causa en el contrato, y la segunda constituye un eximente o limitante apenas parcial, que no desconoce el derecho a la reparación. [Ver, CARLOS DARIO BARRERA TAPIAS y JORGE SANTOS BALLESTEROS, El daño justificado, pág. 47, Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios, No. 2, 1997].

Los árbitros estiman que aquellas cláusulas en las que se niega por vía general y completa el derecho a la reparación contractual por incumplimiento, comportan una renuncia anticipada y absoluta, que no puede ser mirada solo desde la perspectiva privada, sino principalmente pública, lo que lleva a concluir que ellas alteran las reglas de juego social, una de las cuales supone que nadie puede ser inalcanzable para la ley, y que en abstracto todo sujeto tiene derecho a que se le repare el daño que se le causa. En cambio, cuando el derecho a la indemnización no se desconoce, sino que se concreta a cierto estado y se limita anticipadamente, no resulta contraria a derecho ni afecta el interés público. La jurisprudencia y la doctrina tienen dicho que esta última clase de convenios, mantiene su validez mientras no se elimine una obligación esencial del contrato y, claro, no consagren la "irresponsabilidad" absoluta [Ver, ARTURO VALENCIA ZEA, Derecho Civil, Obligaciones, Tomo III, 6ª edición, pág. 430, Temis, Bogotá, 1982].

Tales regímenes particulares restringidos son, pues, cláusulas que se insertan al contrato con la finalidad de "variar" los distintos grados de responsabilidad comercial consagrados por la ley, pudiendo extenderse a otras materias como la prescripción extintiva y el efecto de la fuerza mayor. [Ver, MARIO FERNANDO PARRA GUZMAN, que sobre el particular cita al jurista LUIS MUÑIZ ARGÜELLES, Responsabilidad civil, pág. 82, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2010].

Como ya lo observaron los árbitros, el artículo 15 del Código Civil, en el campo del derecho privado, permite la renuncia de los derechos conferidos por las leyes, siempre que tal cosa mire al interés particular del renunciante, en caso que no esté prohibida la renuncia, como medida de protección general o de orden público. Esta autorización para nada es extraña en la legislación europea y latinoamericana, a cuyo efecto basta tener en cuenta que el artículo 12 de la legislación civil chilena, permite dichos pactos a cambio de no contrariar la ley o el orden público o el interés público ("Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia"). Lo propio consagra el numeral 2 del artículo 6 del código civil español ("La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"). El código civil argentino confirma en el artículo 19 lo dicho ["La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia"]. Conforme a esta doctrina los regímenes particulares que consagran el derecho indemnizatorio pero lo limitan a cierto contenido, no son por sí mismos violatorios de la ley o del interés general. [Ver, FERNANDO VÉLEZ, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo I, págs. 41 y 42, E. París-América, París, 1926].

LAUDO ARBITRAL

A esta doctrina, que inspira la materia en el derecho nacional, se agrega la regla vigente en cuanto a responsabilidad contractual, contenida en el inciso último del artículo 1604 del Código Civil, ["Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes"]. Así, según se observa, la propia legislación civil permite, mejor, autoriza al acreedor y deudor de una obligación, esto es, a los contratantes, para que, sin excluir o hacer desaparecer por completo y de modo absoluto el derecho a la reparación, entren a limitar anticipadamente la indemnización bajo ciertos parámetros, y consecuentemente a rebajar la responsabilidad de quien cause el daño o incurra en incumplimiento.

Tomado en consideración lo aquí expuesto por los árbitros, y examinada la cláusula 55 del contrato en su integridad, y, en particular, los apartes demandados de la misma, los árbitros reiteran lo ya dicho, en el sentido que, en su criterio, se trata de una norma o regla contractual que si bien limita la responsabilidad indemnizatoria, aunque, el contrato no hubiese concluido por el consenso de los contratantes, **no podría disponerse en el laudo que perdiera su efecto, legalmente permitido, porque ciertamente lo contenido en el apartado constituye un derecho privado de los contratantes, de contenido enteramente económico, que por sí no deja abolida la responsabilidad por perjuicios contractuales de modo absoluto y total, y que tampoco versa sobre una estipulación "esencial" del contrato, de modo que la convención reparatoria que se conviene sólo pone en juego el interés meramente particular de quienes lo acuerdan. El rumbo de la sociedad política no se altera porque alguien defina el monto al cual llegaría la indemnización, ni el derecho pierde su imperio porque ello se estipule.**

Así las cosas, siendo que, como está dicho, los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato, resultan ajustados a la preceptiva legal, en razón a que entrañan la adopción de un régimen indemnizatorio para la terminación anticipada del contrato, que juega para ambas partes, como la propia cláusula permite entender, **y que el mismo no constituye una renuncia general y absoluta a reclamar perjuicios**, mal puede una de las partes apartarse de tal estipulación para desconocerla, alegando que los apartes citados constituyen cláusula abusiva, entre otras consideraciones, porque no tienen ese carácter. Siendo así, las partes del contrato no pueden venir a alegar la ilicitud de lo pactado en tal sentido, porque, como se advirtió, con ello no se infracciona la ley, de modo que volver sobre sus propios actos [*venire contra factum proprium*] no tiene otro sentido que desconocer el principio de la mutua y recíproca buena fe que debió primar en la celebración del contrato.

La doctrina que inspira este principio parte del supuesto que una de las partes del negocio jurídico se prevale de una disposición con el que se viola el orden o interés públicos, o cuando tal parte desconoce uno de los elementos esenciales o fundamentales de aquél. Es claro que en tal situación la otra parte contractual puede volver sobre lo andado para reclamar por el atropello que jurídicamente sufre. Pero, en concepto de los árbitros que laudan no tiene aplicación cuando ambas partes del contrato han convenido una estipulación con objeto y causa lícitos, ante la cual posteriormente se revelan para obtener un provecho que resulta contrario a la doctrina que inspira y fundamenta al negocio jurídico y a la mutua buena fe al momento de la celebración del contrato. En tal estado de cosas, y frente a los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato, aducir dicho principio carece de fundamento porque ninguna de las partes puede ser tildada de abusiva, simplemente, pactaron lo lícito.

Como la parte demandante manifestó en la demanda reformada y unificada, las pretensiones que podía ser declaradas, sin hacer mención a ninguna situación fáctica que las tipificara, los árbitros se ocuparon de ello en forma exhaustiva hasta llegar a la conclusión que no se configuraban.

Más, como en sus alegaciones finales la misma parte actora, terminado el debate procesal, fundó sus pretensiones, entre otras cosas, en el hecho que los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato, constituirían una "cláusula abusiva", los árbitros pasan a hacer su análisis en los términos que siguen.

B). Fundamento jurídico adicional al expuesto en el literal A), sobre la inexistencia de la cláusula abusiva en los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato:

LAUDO ARBITRAL

a). Para conocer en qué momento y de qué manera la autonomía de la voluntad privada encuentra límite en las "cláusulas abusivas", es indispensable, a juicio de los árbitros, detenerse en la génesis y finalidad de estas últimas para concluir al respecto, a cuyo efecto proceden, dejando advertido que, algunas ocasiones como la que constituye materia del laudo, se alega la existencia de aquellas para rellevar la presencia de un defecto que no se tipifica, porque la cláusula que consagra el régimen indemnizatorio particularizado en caso de terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, y que estaba llamado a aplicarse a ambas partes, en opinión de los árbitros se ajusta a la ley, y debe mirarse como un arreglo que no desborda los límites de la equidad y que, por lo mismo, no resulta injusto, por lo que este tipo de concertaciones se convierte las más de las veces, en un instrumento idóneo para la organización de las empresas y los negocios [Ver, ADELA SERRA RODRÍGUEZ, Cláusulas abusivas en la contratación, pág. 18, Edit. Aranzadi, Navarra, España, 2002].

b). Así, lo primero que dejan aclarado los árbitros es que no es lo mismo someter en un proceso licitatorio una proforma de contrato a un licitante, para que se manifieste sobre ella, que entregarle una proforma que no es posible modificar o discutir. El primer caso no implica constreñimiento al licitante, aunque, el texto negocial obedezca a una práctica estandarizada o uniforme, por parte de una entidad cualquiera, porque ciertamente ello trae ventajas que se traducen de ordinario en una regulación más apropiada y conveniente para las partes en el campo contractual. Es ésta la situación que se concretó en el presente proceso y que obró respecto de todos los interesados en participar en la licitación. En sentido contrario, el segundo podría llevar, según las circunstancias de hecho, a un comportamiento indebido sólo en la medida en que una parte del contrato hubiera impuesto a la otra, sin alternativa alguna, ilícitamente, un contrato o cláusula que no es susceptible de modificar o discutir, descartando de plano la autonomía de la voluntad, con alteración de las relaciones de intercambio en asuntos que están legalmente prohibidos, con grave detrimento de los intereses recíprocos, y dando como resultado una posición dominante inadmisibles.

No es posible, por ende, hablar de posición dominante, abusiva y autárquica, cuando la propia norma positiva permite la celebración del acuerdo regulatorio de la indemnización en caso de terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, sin trascender la esfera de lo privado. La posición dominante se hubiera configurado hipotéticamente en el caso que nos ocupa si se hubiera abolido por completo y absolutamente el derecho a la indemnización del perjuicio. Por ello, la citada tratadista expresa que la primera práctica ofrece ventajas innumerables a los negocios contractuales, a saber: "...el perfil de la conclusión (rapidez, uniformidad), y la ejecución del contrato (posibilidad de control, prevención de litigios, previsibilidad de éxito), el cálculo de riesgos y costes, y la elaboración de una regulación contractual más funcional que legal". [ob cit., pág. 18].

c). De ahí que, con igual frecuencia, las cláusulas que tienen regímenes particulares de reparación se apliquen a ambas partes, como estaba previsto en el contrato o terminen regulando de forma común y uniforme las distintas relaciones jurídicas que surgen de tal materia. *Piensen los árbitros que no puede decirse entonces que cada vez que una entidad que abre licitación, presenta a los interesados la póliza contractual, esté incurriendo en una imposición insuperable, y que la regulación específica de ciertas materias traiga consigo la imposibilidad de negociar, porque, en rigor, la unificación de textos o la semejanza entre los distintos contratos en el tiempo, antes que ser objeto de estigmatización, sirve para que los posteriores se adecuen a ellos, concretando lo que corresponde a preceptos que se escapan a la voluntad contractual y los que siguen girando en esa órbita, que fue lo que aconteció en el proceso que se define* [Esta es una marcada diferencia con las estipulaciones abusivas. [Ver, RUBÉN STIGLITZ, Cláusulas abusivas en el contrato de seguro, págs. 81 y 82, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994]. Por eso, la entrega de la forma contractual al licitante, en el caso subjudice, abría paso a una definición previa a la celebración de éste para fijar con pleno conocimiento el régimen indemnizatorio, en busca de un equilibrio de intereses entre las partes, justo al momento de terminar el contrato anticipadamente y de mutuo acuerdo, sin que fuera inexorable que siempre resultara el consorcio licitante una víctima inermes de la convocante o convertirse por ello en un contratante débil.

d). Sólo las estipulaciones que desde esta óptica resultan lesivas del interés contractual de una parte, están íntimamente relacionadas con la *declaración de voluntad sobre materias* excluidas del alcance de los contratantes, de modo que si ésta es rechazada por el ordenamiento positivo, por vulnerar el interés público, es porque supone un desequilibrio del poder regulador que a cada una de ellas corresponde, produciendo de contera una ruptura del equilibrio

LAUDO ARBITRAL

contractual, que da origen a plantear la necesidad de una reacción desde el propio orden jurídico. Pero, si la conducta referida a la prestación se produce en el ámbito de lo que no está penalizado, ni afecta dicho interés general, como es lo acordado por las partes sobre la responsabilidad contractual y la reparación, dado que sólo miraba al interés privado, no puede hablarse de pérdida de equilibrio ni abuso en ejercicio de un poder. Tal cosa es así porque para que emerja la idea de cláusula "abusiva" debe tratarse de una estipulación contractual que contradiga abiertamente las exigencias de la buena fe, y adicionalmente cause al licitante o contratista un perjuicio desproporcionado e ilegítimo, que se traduzca en un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. [Ver, JOSÉ J. NAVARRO CHINCHILLA, Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas: Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria, págs. 538 a 544, Lex Nova, Valladolid, España, 2000], como lo va perfilando la doctrina y la jurisprudencia nacionales, en el difuso panorama que este tema tiene entre nosotros, lo cual es apenas obvio en países que no poseen una legislación suficiente en materia de cláusulas abusivas [Ver, ERNESTO RENGIFO GARCÍA, Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante, pág. 180, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002].

Siendo así, es indispensable que quien pretenda introducir disposiciones abusivas, parta de hacer un ejercicio abusivo de su derecho, llevándose de calle el principio de la buena fe que domina la contratación, con el fin de convenir, modificar o liquidar cualquier clase de contrato; pero, a contrario sensu, se ha dejado demostrado que la ley permite el establecimiento de regímenes indemnizatorios, mientras no extingan por completo el deber de reparar. En opinión de los árbitros no puede haber entonces cláusula abusiva si no hay abuso del derecho y actuación contraria a la buena fe [Ver, JORGE SUESCÚN MELO, Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II, pág. 218, Legis, Bogotá, 2002]. La H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA las funda en el abuso del derecho en conexión con el desconocimiento de la buena fe, por causa o en razón de un abuso en la posición dominante, ejercido con exceso o con anormalidad del poder de negociación, para introducir al contrato ciertas estipulaciones que generen un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad [Ver, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 1994, Exp. 3972, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss].

e). En consecuencia, las cláusulas vejatorias o abusivas tienen una causa y deben surtir un efecto: La causa, hasta lo expuesto, es el *abuso del derecho* que una de las partes tiene y su ejercicio apartado de la buena fe, y el efecto es la manifestación de la producción efectivamente un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad. [Lo dicho se colige de la Sentencia antes citada]. Lo primero implica un ejercicio abusivo lejano a la buena fe, *unilateral e Inconsulta*, y lo segundo, el consiguiente desequilibrio a los fines del contrato, lo cual merecería julelo de reproche. [Ver, LAUDO de CELCENTER Vs COMCEL, de 15 de agosto de 2006, árbitros: Lisandro Poña Nossa, Rodrigo Palau Erazo, y Jorge Eduardo Narváez Bonnet, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ]. Mas, en opinión de los árbitros, *mal puede hablarse de abuso del derecho y desequilibrio económico en la situación subjudice, cuando una de las partes obra en el supuesto justificable de proteger sus propios intereses, porque tal cosa no patentiza un desequilibrio injustificado, en sí mismo, dado que cada contratante tiene derecho a dejar definido lo que le resulta pertinente, de manera que esos abuso y desequilibrio se presentan únicamente cuando la facultad de regular el contrato se ejerce en contra de la finalidad de éste, con la intención evidente de perjudicar al otro contratante* [Ver, LAUDO de CONCELULAR Vs COMCEL, de 1 de diciembre de 2006, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jalme Arango Restrepo, CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ].

f). Conforme a lo dicho, las cláusulas se convierten en *abusivas* cuando el derecho es ejercido con abuso, o empleando en ello indebidamente la posición dominante que se tenga, si el poder de negociación se emplea con exceso o anormalmente, para introducir al contrato estipulaciones que causan *desequilibrio económico* injusto o carente de razonabilidad. Tales cláusulas, vistas así, tienen, pues, que generar un *desequilibrio económico* que carezca de justicia o explicación legal, o que tampoco tenga un soporte razonable, como lo dijo la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en la sentencia del 19 de octubre/1994. Ello significa que el *desequilibrio económico* debe aducirse durante la ejecución del contrato, o aun después de haber sido cumplido por el contratista, a través de una reclamación posterior, momento uno u otro en que se debe alegar y probar la condición de *ilegalidad o falta de razonabilidad*. Los árbitros dejan manifestación expresa que en su criterio, en el caso que los concita, *no se evidencia la presencia de un acto antijurídico que hubiera impuesto la entidad pública demandada, en uso de posición dominante, a la parte demandante, como hubiera sido la renuncia absoluta general y total del derecho a la reparación, lo cual sí constituye una conducta desequilibrante sancionada por ilicitud, sino el pacto de un*

LAUDO ARBITRAL

régimen indemnizatorio que no extingue el derecho a la reparación y lo limita a lo concertado, en caso de terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, y que tampoco los apartados demandados de la cláusula 55 tienen condición de irrazonables, porque se movieron dentro la concreción de sus propios intereses contractuales y hasta el momento en que se terminaba el contrato.

g). Por lo mismo, en vigencia del contrato o con posterioridad a su ejecución por el contratista, en el proceso que se adelanta al respecto debe alegarse el fundamento jurídico del mismo o de su razonabilidad, y formularse las pretensiones principales y consecuenciales correspondientes. *A este respecto, los árbitros expresan que pese a la existencia de mutuas acusaciones de incumplimiento, ambas partes cedieron en la reclamación y decidieron terminar el contrato en forma anticipada, lo que pone de manifiesto que éste no tuvo cabal cumplimiento.* Ahora, en el presente caso en cuanto al fundamento del desequilibrio generado por la cláusula abusiva, no puede deducirse su existencia sobre las condiciones económico-financieras que eran fundamentales en el contrato y para su logro, como tampoco respecto de la existencia de un régimen particular indemnizatorio para el caso de terminación anticipada del contrato. **El desequilibrio económico injusto o irrazonable tiene que estar, por ende, ligado a las condiciones económico-financieras que al inicio de la relación constituyeron el marco contractual, determinante y fundamental, cuando todavía persiste y está vivo el interés de ejecutarlo, o cuando se ha llevado a cabo, a pesar de todo. Esto es, antes de que el contrato termine por causas legales o convencionales (mutuo acuerdo).** Se trataba entonces de una materia secundaria, desde luego, importante, pero que no resultaba trascendental o definitiva para el desarrollo del contrato, y que solo emergía en la eventualidad de su terminación anticipada.

h). En teoría el caso se traduce en la postura de una parte que emplea con exceso o anormalidad el poder de negociación, generando desequilibrio de esta especie, y la de otra parte que pese a todo persiste en el cumplimiento del contrato. *Como se ha dicho, en criterio de los árbitros, no es suficiente que se estime o tilda de abusiva una cláusula del contrato, sino que ella, en efecto, contraría la buena fe, en interés exclusivo de una parte, razón por la cual el desequilibrio pasaría a ser injustificado, bien por ilegal o por irrazonable, y contrario al orden o interés públicos [Ver, ADELA SERRA RODRIGUEZ, ob cit., pág. 68 a 82].*

Los árbitros no coinciden con la parte demandante en que la demandada obró con exceso o anormalidad en la negociación del contrato, específicamente en torno a la cláusula 55 del mismo, generando nulidades absolutas o ineficacias porque ésta actuó dentro del campo de lo permitido por el derecho privado, sin salirse del marco legal, y sin negar en manera absoluta y total el derecho a la indemnización por terminación anticipada, y tampoco puede afirmarse que lo hiciera anormalmente puesto que no lo hizo bajo desconocimiento de la parte actora, o insertando las cláusulas en forma subrepticia, ni mediante una presión indebida a los representantes legales del consorcio. Por el contrario, el consorcio contratista supo lo que leía, no se opuso a su texto, no reclamó por el desequilibrio injustificado ilegal o irrazonable en el momento oportuno, y, antes bien, lo aceptó conscientemente.

i). Entonces la alegación de la existencia de una cláusula abusiva implica, no sólo anteponerla a la buena fe, sino demostrar también que la misma genere un *desequilibrio injustificado*, por una parte en detrimento de la otra, y que éste se produzca por ilegalidad o irrazonabilidad, según se dijo atrás.

El abuso de la cláusula debe partir, para este proceso arbitral, de la vulneración de la *buena fe* contractual al consorcio demandante, esto es, y más precisamente, que el desequilibrio injustificado se soporte en la buena fe de los consorciados y en las maniobras indebidas y fraudulentas de la demandada. *Sin duda, se trata de una tarea compleja porque, primero de todo, debe estar claro cuál es el equilibrio prestacional de las partes en el contrato, más aún, cuál es el "justo" equilibrio del contrato para cada una de ellas, a la luz de su objeto, su finalidad y de los derechos y deberes de cada una de las partes, para que así, con esa comprensión diáfana de lo que se tiene como equilibrio "justo", se proceda, con criterio sano, a estudiar el motivo que se expone como causante de injusticia, y terminar confrontándolo con las normas de derecho positivo y las que dicta la razón humana (como criterios para concretar el complejo universo del contrato), para concluir que en efecto es "injusto".*

En este ejercicio de razón no debe desecharse que el propósito práctico que buscan las partes es la ejecución del contrato [Ver, LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Eficacia e Ineficacia del ejercicio

LAUDO ARBITRAL

jurídico, pág. 829, Anuario de Derecho Civil, Volumen 14, No. 4, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1998]. En cuanto a lo primero (buena fe), en el campo contractual debe orientarse su alcance a determinar la postura fundamentalmente recta y honrada de una parte en el trato frente a la otra, que fija un criterio o manera de proceder al cual aquellas deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución del negocio jurídico [Ver, LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pág. 137, Bosch, Barcelona, España, 1963]. Dicha postura no debe hacer referencia a una percepción íntima que tenga que ser extraída de cada sujeto contractual sino a una conducta *objetivada* que corresponda a la realidad de los hechos procesales, que permita concluir que el contratista obró correctamente y con lealtad, dentro del marco de sus obligaciones y derechos [Ver, FRANCISCO GALGANO, pág. 454, El negocio jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1992]. Por oposición, tal actitud contractual debe llevar a la delimitación del comportamiento de la otra parte, para verificar si desvió o abusó del derecho subjetivo que tenía.

Sobre este particular los árbitros piensan, a tenor de la doctrina moderna expuesta, que la parte demandada propuso a la demandante, en la licitación respectiva, una póliza contractual que no resultaba contraria a derecho, como ya ha quedado definido, dado que establecía un régimen particular indemnizatorio, sin abolir de modo total y absoluto el derecho a la reparación, en caso de terminación anticipada, y que, a su turno, la parte contratista-demandante tuvo conocimiento previo de tal estipulación, la conoció y debió valorarla y sopesar su efecto, y que aun en el evento de haber encontrado que limitaba la reparación (pero no la extinguía por entero), optó por aceptarla sin reparos previos conocidos, de modo que ambas partes se allanaron a lo lícito y terminaron pactando sobre lo que era su interés particular y disponible en ese momento. Por ello, no se ve en las partes contratantes falta a la lealtad y honradez en la negociación de este aspecto contractual.

j). Lo dicho debe atarse a la circunstancia que lo decidido sobre la reparación por terminación concertada y anticipada, no violó o desconoció los elementos indispensables, esenciales o fundamentales del contrato, y que éstos quedaron intactos. Al efecto basta pensar en la hipótesis si la cláusula 55 del contrato no hubiera sido negociada, o simplemente no hubiera existido, para concluir si el contrato hubiera podido existir jurídicamente, y la respuesta a ella es afirmativa. [Ver, JAIME SANTOS BRIZ, Contratos Civiles y Mercantiles, Nuevas perspectivas, pág. 198, E. Comares, Granada, España, 1992]. De manera que sin presentarse la aludida cláusula o excluyéndola por acuerdo, las partes bien podían celebrar el contrato [Ver, NATALIA ALVAREZ LATA, Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, pág. 436, E. Comares, Granada, España, 1998]. [En el mismo sentido se pronunció RENATO SCOGNAMIGLIO, Teoría general del contrato, pág. 3321, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1961].

k). La cláusula cuestionada, por sí misma, no resulta axiomática ni automáticamente abusiva, y solo lo hubiera sido en la medida que la ocurrencia del alegado desequilibrio no hubiera tenido justificación alguna de carácter legal o racional, y que lo concertado hubiese pugnado con el orden jurídico o la razón, -cosa que ya fue examinada y resuelta en el laudo-, de modo tal que enfrentada la naturaleza, y finalidad del contrato, con los derechos y obligaciones de cada parte en él, se evidenciara un daño que el afectado no tendría por qué aceptar. [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA que en tal caso debe tenerse presente la finalidad que el contrato está llamado a servir [Ver, Sentencia de Casación Civil, de 29 de enero de 1998, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Exp. 4894].

l). A efecto de concluir si los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato son abusivos, los árbitros han procedido igualmente a evaluarla con relación a su propio contenido. Habiendo concluido que de ese doble ejercicio hermenéutico se deduce que ellos no contrarían la *buena fe negocial*, ni configuran un desequilibrio injustificado entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, porque, según lo dicho atrás las partes intervinieron en la esfera de sus derechos meramente privados, reconocidos por la ley, y no invadieron el terreno del orden o interés público. Los árbitros que deciden citan en su apoyo lo dicho al respecto por el profesor FELIPE SUESCÚN DE ROA: "En el supuesto de que la cláusula no contrarie la *buena fe* ni genere un desequilibrio *injustificado* entre los derechos y obligaciones contractuales, no podrá calificarla como abusiva" [Control Judicial de las cláusulas abusivas en Colombia, U. de los Andes, Bogotá, 2009].

LAUDO ARBITRAL

No debe perderse de vista que la *buena fe*, como mecanismo de control de las cláusulas abusivas y de su contenido, ante todo es un "criterio" de valoración de las obligaciones de cada parte, del cual se vale el juzgador para arribar a conclusiones sobre la legitimidad de la estipulación contractual. *Aplicado dicho criterio al caso concreto no observan los árbitros que una parte hubiera propuesto ilegítimamente y contra el orden público, a la otra parte, un asunto que se saliera de su exclusivo interés particular y dispositivo, y que el desequilibrio, de haberse hipotéticamente causado, fue conscientemente aceptado, en un campo que, como se anota, la licitud para pactar regímenes de responsabilidad que no conlleven una renuncia total y absoluta del derecho a la reparación, está lícitamente aceptado* [Ver, JUSTINO DUQUE DOMINGEZ, La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, págs. 51ss, Madrid, España, 1984].

Por eso, si dicha actuación estaba legalmente permitida y no desbordaba el interés general, paralelamente no aflora la mala fe contractual de la demandada. Los árbitros insisten que en tales términos de licitud y conocimiento previo, la demandante comprometió jurídicamente su voluntad, de ahí que la postura ética de ambos contratantes no lleva a la injusticia alegada, como bien lo afirma el profesor LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN [Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del Contrato, pág. 354, E. Civitas, Madrid, España]. No basta entonces, para el efecto buscado por la demandante, la sola sospecha interior que la cláusula contractual no obedece a la justicia conmutativa, sino que ese razonamiento debe estar "prohibido" por norma imperativa/precepto o que resulte afectando el orden general, además objetivado, y que la actuación censurada se anteponga al fin primordial del contrato [Ver, MANUEL LÓPEZ SÁNCHEZ, Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español, pág. 643, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1987].

m). No basta, por tanto, considerar o estimar que una cierta cláusula de un contrato es abusiva, por lo desequilibrante, para que sea privada de validez, salvedad hecha que la propia ley expresamente lo diga, como lo tiene sentado el artículo 900 C. Co. Tampoco lo es por el simple hecho que los derechos y deberes de ambas partes no sean sensiblemente iguales en el contrato, porque la doctrina precisa que el *desequilibrio* que se genere debe ser *significativo e injustificado*, desde la ley o la razón, porque dada la autonomía de la voluntad que tienen las partes contratantes, sus cargas, deberes y responsabilidades pueden variar en su naturaleza y magnitud, sin necesidad de pisar las prohibiciones o limitaciones a la autonomía contractual o al bien general de la sociedad, como fue bien entendido por los árbitros en el LAUDO proferido el 12 de diciembre/2006, COMCELULARES Vs COMCEL [árbitros: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas y Jorge Eduardo Narváez Bonnet, Cámara de Comercio de Bogotá]. Es evidente que en el presente proceso se trataba de sujetos de derecho plenamente capaces, que expresaron su consentimiento real y libre de vicios, en cuyo caso, la voluntad de los contratantes resulta eficaz en derecho para crear obligaciones, pues, es la manera genuina y elemental de mantener la esencia de los contratos. [Esta postura fue mantenida por los árbitros en el laudo citado].

n). De otro lado, supone la cláusula abusiva que, ante el incumplimiento de una de las partes a una obligación esencial o fundamental del contrato, ésta se sustraiga a la responsabilidad, con base en la existencia de aquella, lo que pone a la parte afectada en la posición de desconocer el efecto previsto en la disposición abusiva, en razón a la afectación que sufre la causa contractual, y por el quebrantamiento de la esencia misma del vínculo obligacional. La consagración de tales disposiciones contractuales resultan en tal caso contrarias al equilibrio natural que debe inspirar el negocio jurídico, al dejar a una parte a merced de la previsión ilegal, *excesiva e injustificada* adoptada por la otra. [Esta consideración fue examinada por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en Sentencia de Casación Civil de 27 de marzo de 1998, Exp. 4789, M.P. José Armando Ramírez Gómez]. En dicho fallo la Superioridad mencionada destacó al efecto que "... De manera que la *razonabilidad del contrato no permite en cláusulas de esta estirpe un control de contenido distinto a aquel que tenga como norte el postulado de la buena fe, que es el único que al fin y al cabo permite no sólo mantener el equilibrio contractual, que las cláusulas como la comentada tienden a desvirtuar, sino a controlar el poder efectivo de una de las partes*".

No sobra agregar que en el caso de los apartes demandados de la cláusula 55, las partes contratantes, pese a hacerse recíprocas imputaciones de incumplimiento grave del contrato, decidieron finalmente darlo por terminado anticipadamente por mutuo acuerdo, con lo cual desapareció la idea de incumplimiento frente a la cláusula abusiva, y que la previsión de los apartes de la cláusula 55 no resultan excesivos ni injustificados, porque los contratantes no desconocieron absoluta y completamente el derecho a la reparación, y actuaron creando un

LAUDO ARBITRAL

régimen particular indemnizatorio que legalmente estaba permitido, que no violaba ninguna norma jurídica de orden público o interés público, ni se llevó de calle los principios públicos que orientan la contratación administrativa, y que se erigen como causas de nulidad absoluta por objeto ilícito.

Por lo expuesto en los apartados A y B del punto que nos ocupa, los árbitros que laudan tienen el criterio que los apartes demandados de la cláusula 55 del citado contrato, jurídicamente no son abusivos, como lo expresa el escrito de alegaciones de la actora. La PROCURADORA delegada, como agente del Ministerio Público, en sus alegaciones de conclusión, se opone a la tesis de la demandante por considerar que al haber incorporado el fundamento de la cláusula abusiva en ellos, constituía formular una pretensión que debió alegarse en la demanda o en su reforma [Ver, cuarto punto de los alegatos, pág. 138].

6). La cláusula 55 no fue un riesgo asumido por la demandante en el contrato:

Finalmente, en la formulación de los motivos generadores de nulidad e ineficacia que expuso la parte actora en las alegaciones de conclusión, que sirvieron por primera vez de base para sustentar las pretensiones de la demanda, expresa que la cláusula 55 y la renuncia a reclamar perjuicios adicionales a los que resultaran de su aplicación, no fue un riesgo asumido por el contratista, porque tales riesgos no podían trasladarse a él por no ser propios de su empresa, dado que no lo podía gestionar ni controlar, por cuanto se hizo la estructuración a través de un estructurador en relación al cual no estaba en el alcance de mitigar o abolir, y que tal riesgo debe ser asumido por la demandada, que fue la que estructuró el contrato.

A este respecto los árbitros hacen las siguientes manifestaciones:

a). Es definitivo repetir que, aunque, ambas partes del contrato se hicieron recíprocas acusaciones de incumplimiento, ellas mismas prescindieron de este debate extraprocesal y procesal, y acordaron la terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo;

b). El convenio contenido en la cláusula 55 del contrato, específicamente, respecto a los apartes demandados contenía un régimen particular de reparación para ese evento, pero en manera alguna significó que el contratista hiciera una renuncia general y absoluta del derecho a la indemnización en caso de terminación anticipada, sino que lo circunscribieron a los precisos ítems y circunstancias fijadas en tales apartados;

c). Dicha estipulación versó sobre el interés particular de las partes, pues, obraba para ambas, se mantuvo en la esfera del derecho privado, y aquella no se obtuvo por abuso del derecho, o por ejercicio indebido del poder dominante o de negociación, ni puede decirse que constituya un desequilibrio ilegal e irracional en interés de perjudicar a la demandante;

d). La imposibilidad de reclamar indemnización por terminación anticipada, diferente a la convenida, no obedeció a que abusivamente se hubiera hecho recaer en el contratista un riesgo que no le correspondía, sino que tuvo origen en la decisión conjunta de pactar la reparación dentro de parámetros concretos, que incluía según los apartados demandados todo daño emergente y lucro cesante;

e). En opinión de los Árbitros, la responsabilidad por riesgos a cargo del contratista quedó concretada desde la solicitud de formulación de ofertas, y lo concerniente al papel del estructurador quedó plasmado en el Pliego de Condiciones y,

f). Si como dice la demandante en sus alegaciones de conclusión se hubiera trasladado al contratista el riesgo que debió asumir la demandada (ACUAVALLE) en relación con la estructuración del contrato, el argumento perdió su peso específico como causal de reparación por incumplimiento desde que las dos partes, ACUAVALLE y el CONSORCIO 2010, en clara, expresa e inequívoca voluntad decidieron de mutuo acuerdo terminar anticipadamente el contrato (Arts 1502, 1503 y 1625 C.C.), y liquidarlo bajo las reglas previstas.

LAUDO ARBITRAL

Por estas razones, amén de la extemporaneidad en su formulación, la queja no puede prosperar.

CAPITULO SEPTIMO

EXAMEN OFICIOSO DE LA CAUSAL DE NULIDAD ABSOLUTA POR OBJETO ILICITO

Los árbitros pasan a hacer el estudio oficioso de las siguientes causales específicas de nulidad absoluta por objeto ilícito:

a). LA FALTA DE PLANEACIÓN EN LA ETAPA PREVIA A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO:

En estricto sentido, la etapa de *planeación* de un contrato que se celebra con los entes públicos, o con las entidades dedicadas a la prestación de servicios públicos (ACUAVALLE), está destinada a realizar las actividades necesarias para adelantar el proceso de selección del contratista o los actos preliminares a la celebración del contrato, en procura de seleccionar la propuesta que satisfaga los requerimientos de bienes, obras y servicios por parte de la entidad pública/privada contratante, y comprende los trámites hasta la adjudicación y suscripción del contrato, (o hasta la declaratoria de desierta la selección correspondiente). [Las etapas que se cumplen en esta parte del trámite son, en apretada síntesis, la designación del comité asesor, la elaboración de estudios y documentación previa, disponibilidad presupuestal, recomendación de inicio del proceso, elaboración del proyecto y pliego de condiciones, modalidad y cumplimiento de la selección, adjudicación, trámite de contratación y suscripción, y legalización del contrato]. Se trata entonces de la etapa PREVIA o pre-contractual, lo cual es necesario mantener presente, y no olvidar que se trata de un principio propio de la contratación administrativa que por desarrollos jurisprudenciales hace presencia en la contratación privada.

Por consiguiente, la fase de *planeación* del trámite de contratación debe estar precedida por el desarrollo de los estudios, análisis, diseños y demás gestiones que permitan definir con certeza las condiciones del contrato a celebrar y del proceso de selección pertinente, con el fin de que la necesidad que motiva la contratación sea satisfecha en el menor plazo, con la mayor calidad y el mejor precio posible. [Se entiende por estudios "previos" aquellos análisis, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar, bajo cualquiera de las modalidades legales o del manual interno de la entidad correspondiente, en el caso de entidades no cobijadas por el estatuto de contratación]. [Numeral 12, artículo 25, Ley 80/1993, y Num. 3, art. 26, estatuto de contratación]. [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de agosto/2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación 14287].

Como lo tiene establecido la jurisprudencia contencioso-administrativa, la *planeación* se convierte en un deber de la administración pública, por el que las contrataciones deben corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, ya que, en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la imprevisión ni de la mediocridad, justamente para que la planeación en la etapa previa lleve a una selección sana y objetiva (Artículos 5, Ley 1150/2007; 88, Ley 1474/2011, y 12, Decreto 2474/2008).

La "falta" de planeación, por su parte, supone la generación de un daño antijurídico en la etapa en que se definen los requerimientos de la contratación, alrededor de aquellos pasos o trámites que resultan fundamentales o esenciales para la ejecución del contrato que se celebra, en virtud de errores manifiestos y plenamente probados en que incurre la entidad pública o la entidad prestadora de servicios públicos, respecto de los cuales no se prevén o aun previéndose no se adoptan los mecanismos o medidas de prevención o corrección para la continuidad y

LAUDO ARBITRAL

cumplimiento del contrato. Tales medios de prevención de las *faltas* de planeación deben dirigirse a detectar eventuales riesgos a tenor de la capacidad de gestión y de control de cada una de las partes, para que en el contrato se incluyan los aspectos que sean necesarios de los pliegos de condiciones, el alcance de la información pedida a los proponentes, la información a éstos sobre las modificaciones o precisiones de los pliegos de condiciones, la capacidad económica y técnica de contratación y la capacidad residual de los proponentes, la verificación del fondeo de recursos por parte del contratista, y las condiciones para el perfeccionamiento de los contratos. Desde otra perspectiva, los proponentes tienen amplia facilidad para el conocimiento de los informes, estudios, conceptos y decisiones Administrativas, producidos en el curso de tal etapa, a fin de que puedan enterarse de su contenido, y formular las observaciones oportunas que tengan (lo que equivale al desarrollo del principio de igualdad de oportunidades).

Siendo así, durante esta etapa previa o pre-contractual, el licitante debe realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar cabal y completamente los estudios y diseños que la entidad pública o prestadora de servicios públicos ponga a disposición o entregue para la ejecución de las obras por contratar, siendo propio de la correlatividad, la buena fe y la igualdad contractual que se pronuncie sobre los asuntos que no encajen en la debida planeación, para que el contrato que se celebre no quede sujeto a contingencias de validez, y para que la administración pública pueda adecuar o ajustar la información pertinente para preservar la contratación pública y la prestación del servicio público, lo cual está reconocido por el **CONSEJO DE ESTADO** [Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de 18 de julio/2002, C.P. Susana Montes de Echeverri, radicación 1439]. [La doctrina se identifica con el anterior criterio. Ver, **JOSE EUDORO NARVAEZ VITERI**, Planeación contractual y redes de servicios públicos domiciliarios, Revista digital de derecho administrativo, págs. 155ss].

En el caso sub examen el consorcio contratista recibió oportunamente la información previa de la licitación, tuvo la oportunidad de verificar si ella se fundaba o carecía de fundamentación en cuanto a su planeación, conoció el texto sugerido no sólo del contrato sino de la cláusula 55, que además debió examinarla legal y económicamente al interior del consorcio, y así y todo aceptó el régimen de terminación anticipada del contrato, que no llevaba consigo la renuncia general y absoluta a la reparación, y no hizo manifestación alguna que dijera que el proceso previo de contratación adolecía de planeación. Si en esos momentos llegó a tener conocimiento de falta de planeación de la etapa previa del trámite licitatorio, con incidencia en el contrato a celebrar, al no haberlo expresado así oportunamente, no fue diligente ni cuidadosa, para obtener después algún tipo de reparación [CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de junio/2012, M.P. Ruth Stella Correas]. Ello, unido a la idea de los árbitros en el sentido que la mencionada "falta de planeación" no puede aplicarse en el presente caso y no se configuró, como seguidamente se indica, y alegarla iría en contravía de lo dispuesto por la jurisprudencia [Ver, **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de fechas: 31 de agosto/2006, rad. 14286; 6 de abril/2011, rad. 14823, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo; 1 de febrero/2012, rad. 22464, M.P. Jaime Orlando Santofimio G; 28 de marzo/2012, rad. 22471, M.P. Jaime Orlando Santofimio G; 28 de junio/2012; 25 de abril/2012, rad. 21909, M.P. Enrique Gil Botero; y 23 de mayo/2012, rad. 18.335, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera].

Entonces, la falta de *planeación* del contrato se vincula a la inobservancia de los principios de legalidad, oportunidad y economía que debe orientar el diseño de la contratación. Esta doctrina fluye con naturalidad de la doctrina expuesta por el **CONSEJO DE ESTADO**, que puede integrarse de los fallos que seguidamente se indican, entre otros: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de enero/1997, radicación 10498; y Sentencia de 0 de octubre/1997, radicación 10880.

No basta, en consecuencia, manifestar la existencia de la falta de planeación sino que es obligatorio identificar las causas en que se funda dicha aseveración, la ocurrencia del daño antijurídico, en materia de contratación, a partir del acervo jurisprudencial, mediante el análisis jurídico y económico de la situación. Ello quiere decir jurídicamente que la queja de falta de planeación a que nos estamos refiriendo debe probarse por parte del contratista (artículo 174, 177 y 179 del CPC).

Los árbitros dejan expresado que *ni en la demanda inicial, ni en la demanda reformada e integrada, la parte demandante hizo alusión expresa a la falta de planeación del trámite licitatorio, como causal específica de nulidad absoluta, ni se refirió al objeto ilícito por tal motivo, como*

LAUDO ARBITRAL

tampoco lo hizo aunque fuera extemporáneamente en sus alegaciones de conclusión, por lo que en su línea de examinar las posibles causas generadoras de invalidez absoluta del contrato, pasan a examinar tal motivo de forma oficiosa, para sacar las conclusiones que en derecho correspondan, concretando su razonamiento así:

1). Porque todas las actuaciones previas de la licitación fueron satisfechas y se cumplieron, según lo reconocen explícitamente las partes en el preámbulo de contrato 287/2010, y como lo vuelven a decir clara y expresamente en la parte inicial del acta de terminación anticipada y liquidación por mutuo acuerdo, documentos a los cuales basta remitirse [Folios 411 a 532, y folios 107 a 114 Cdo 1.1, respectivamente], de suerte que desde este punto de vista de los contratantes no se observa que hubiera existido falta de planeación del contrato, a tenor de lo expuesto en la jurisprudencia que se cita [Ver, **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de abril/2013, radicación 27315], y negarlo ahora implica volver sobre sus propios actos.

2). El consorcio contratista al intervenir en el trámite licitatorio, tuvo pleno conocimiento de todas las etapas, trámites y documentación concerniente a la planeación previa y necesaria del contrato, y los documentos pertinentes estuvieron a su disposición, en desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, sin que hubiera manifestado en esa precisa oportunidad y en ningún momento su inconformidad al respecto, y de manera especial tampoco hizo objeción alguna a la fórmula financiera establecida para su ejecución, circunstancias que bien pudo haber puesto de presente en oportunidades previas a la firma del contrato y que tampoco en la demanda reformada e integrada hizo manifestación explícita de la formulación de la nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito configurada en la falta de planeación.

Era, apenas, consecuente que así debió comportarse en atención a la forma recta en que debían actuar ambas partes, la buena fe que dominaba en el trámite licitatorio, y el mismo pie de igualdad que a ambas correspondía, para conseguir que los asuntos que no encajaban en la planeación debida, pudieran ser resueltos antes para que el contrato que iba a celebrarse luego no quedara sujeto a contingencias de validez, y para que la administración pública pudiera adecuar o ajustar la información pertinente para preservar la contratación pública y la prestación del servicio público [Ver, **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 de 18 de julio/2002, C.P. Susana Montes de Echeverri, radicación 1439].

3). La sociedad ACUAVALLE efectuó el análisis de los costos y montos del contrato, y en los pliegos quedó incluida la fórmula financiera para sacarlo adelante, todo lo cual fue aprobado por los órganos respectivos de dicha entidad, sin haber caído en la imprevisión de omitir su intervención. [Ver, declaraciones de las partes contratantes en el texto del contrato 287/2010 y en el Acta de terminación anticipada del contrato por mutuo acuerdo, [Folios 411 a 532, y folios 107 a 114 Cdo 1.1, respectivamente],

4). No se realizaron las obras previstas que constituyan lo fundamental y determinante del contrato.

5). El contrato se dio por terminado anticipadamente. Las partes lo dieron por terminado por mutuo acuerdo, de forma anticipada, y antes de que se hubiera ejecutado, con lo cual desapareció la relación jurídica obligacional. [**CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Subsección B), sentencia de 22 de junio de 2011, exp. 18.169, C.P. Ruth Stella Corroa Palacio]. Acerca de ello no hay duda en el expediente ni puede aducirse tesis en contrario para revivir o darle nueva vida al contrato terminado, pues, el efecto del mutuo disenso es la extinción en la vida jurídica de la obligación contractual, como pasamos a ver.

Las partes celebraron una **convención extintiva**, y lo hicieron *válidamente* conforme a los artículos 1495 (convención), 1602 y 1625 C.C., de la entraña misma del derecho privado, al cual pertenece el contrato, sin limitante en el derecho público contractualista, como la propia demandante lo afirma en sus alegaciones de conclusión, [fl. 908, # 1]. [Ver, artículo 32, Ley 80/1993; artículo 32, Ley 142 de 1994, declarado exequible por la Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, modificado por el artículo 3 de la Ley 689/2001]. [Ver, **CORTE CONSTITUCIONAL**, Sentencia C-736 de 19 de septiembre/2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].

LAUDO ARBITRAL

La posibilidad de que los contratos en general pueden darse por terminados en forma anticipada a su vencimiento en virtud de decisión concertada de las partes, es la forma normal de terminación de los contratos bilaterales de derecho privado, y aun en el derecho público, es forma de extinción de los contratos administrativos, la cual ha tenido aceptación en la doctrina sobre la base de considerar que si la administración puede, dentro del desarrollo del contrato en ejercicio de poderes exorbitantes, tomar decisiones unilaterales en aras del interés público, como la declaración unilateral de caducidad, la terminación por graves motivos que lo hagan inconveniente, la interpretación, etc., con la obligación consecuente de reparar los perjuicios que cause, también puede darlo por terminado mediante acuerdo con el contratista si las circunstancias sobrevinientes en su ejecución impiden su cabal cumplimiento [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo/1992, Exp. 6435].

Ahora bien, respecto de los efectos de la terminación por mutuo acuerdo, el CONSEJO DE ESTADO también se ha pronunciado en los términos siguientes: "De conformidad con el artículo 1602 del mismo Código todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales. Este mutuo disenso, como modo de extinguir obligaciones, está consagrado en el inciso primero del artículo 1625 ibídem. Este acto jurídico está llamado a producir los efectos buscados en él, entre los cuales tiene que destacarse para los efectos de este proceso, la expresa y mutua manifestación de exoneración de responsabilidad con el efecto vinculante que impide a las partes reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento". [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia de 24 de enero/1985, Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy. Exp. 3344].

Respecto de los alcances extintivos del mutuo disenso, la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de tiempo atrás, enseña que es uno de los correctivos jurídicos que tienen las partes contratantes en el régimen común para aniquilar el contrato, esto es, "[l]a primera forma de disolución del contrato autorizada por la ley, que otros denominan 'mutuo disenso', 'resciliación' o 'distracto contractual', es la prerrogativa que asiste a las partes, fundada en la autonomía de la voluntad, para deshacer y desligarse del contrato entre ellas celebrado. Fundados en el mismo principio, pueden mutuamente extinguir sus obligaciones, tal como lo enseña el primer inciso del artículo 1625 del Código Civil, en cuanto dice que 'toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consentan en darla por nula'" [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de noviembre de 1979, G.J. t. CLIX, pág. 306; en similar sentido: sentencias de 16 de julio de 1985, G.J. t. CLXXX, pág. 125; 7 de junio de 1989, G.J. t. CXCVI, pág. 162; 1° de diciembre de 1993, G.J. t. CCXXV, pág. 707; 15 de septiembre de 1998, G.J. t. CCLV, pág. 588 y 12 de febrero de 2007, exp. 00492-01, 14 de agosto de 2007, exp. 08834 - 01].

La doctrina es igualmente uniforme al respecto: "[E]l acto jurídico legalmente celebrado (convención, contrato o acto unipersonal) puede crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, cual si dicho acto emanase del propio legislador que lo autoriza. Además, como se ve, el propio texto enuncia la principal consecuencia del postulado al prohibirles a los agentes destruir unilateralmente, salvo excepciones..., la obligatoriedad de sus convenciones y contratos; para ello se exige un nuevo acuerdo entre los agentes, o sea su mutuo disenso (résiliation en Francia), por oposición al mutuo consentimiento que ellas prestaron al celebrar tales actos. A propósito del comentado texto legal, importa aclarar que al decir este 'y no puede ser invalidado [el contrato] sino por su mutuo consentimiento...', no significa que el contrato o convención pueda ser anulado por el mutuo disenso de las partes, como si el referido acto adoleciera de un vicio dirimente, pues el texto parte del supuesto del que el acto ha sido 'legalmente celebrado', o sea, que reúne todos los requisitos para su existencia y validez. Luego el verdadero sentido de la expresión legal impropia es la de indicar que, así como las partes gozaron de autonomía para celebrar la convención o contrato, también la tienen para deshacerlo, para revocarlo convencionalmente, para privarlo de su eficacia futura (ex nunc) y, si así lo quieren, para destruir en cuanto sea posible los efectos ya producidos (ex tunc) (...).

(...) el mutuo disenso, que es un modo indirecto por cuanto afecta todo el contrato y, consecuentemente, todas las obligaciones emanadas de este. El motivo de tal proceder consiste, (...) en la circunstancia de que algunos han confundido la simple convención extintiva que es el género, con el mutuo disenso que es una de las especies, dando así lugar a excluir la convención que solo se encamina a la extinción de una sola obligación, cualquiera que sea su fuente (se

LAUDO ARBITRAL

resalta). [Ver, **OSPINA, FERNÁNDEZ, GUILLERMO**, Régimen General de las Obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, 2005, Págs. 313 a 315 y 481].

Así pues, en el derecho privado es viable la **terminación del contrato por el mutuo acuerdo** de las partes, al amparo de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, aplicables a la contratación estatal como todas las reglas civiles y comerciales que no resulten incompatibles con el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, y disposiciones concordantes).

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO al decir que *"el derecho público impone que los contratos de la administración como en general todos los contratos se celebran con el propósito de cumplirse, de ejecutarse con el cabal y oportuno cumplimiento de las prestaciones a las que tanto la administración como el contratista particular se comprometieron al celebrarlo; pero ello no impide que cuando surjan circunstancias que tornen imposible su ejecución, las partes determinen poner fin a la relación contractual sin que el contrato se haya ejecutado."* [CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de noviembre de 1999, exp. 10.781, C.P. Ricardo Hoyos Duque].

La terminación del contrato por mutuo acuerdo o rescisión convencional, como modo anormal de conclusión de los contratos celebrados por la administración, ha sido también una figura desarrollada ampliamente en la doctrina *ius administrativa*. El profesor **ESCOLA** a propósito expone lo siguiente:

"Los contratos administrativos pueden concluir, al igual que los de derecho privado, en virtud de una rescisión convencionalmente acordada por las partes que los contrataron, es decir, la administración pública y el cocontratante particular.

De este modo, las mismas voluntades que se concertaron para dar nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como de duración de aquél.

La simplicidad de esta forma de conclusión de los contratos administrativos exige de mayores comentarios, tratándose de la aplicación de un principio recibido en materia de contratos y que ha sido consagrado por el art. 1200 de nuestro Código Civil, según el cual "Las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos, por las causas que la ley autoriza.

El mutuo consentimiento, que fue el que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes la que habrá de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitarán al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que se hubieren cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado. [Ver, **ESCOLA, HÉCTOR JORGE**, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1977, Volumen I, pág. 476].

Por su parte, **BERCAITZ**, expresa: *"[e]n toda lo demás y dentro de la relativa autonomía de que gozan los órganos administrativos, lo que el mutuo consensus ha formado, el mutuo disensus puede disolverlo sin mayores impedimentos, siempre que el fin público que constituyó la causa del contrato sea resguardado, tanto tratándose de una concesión de servicios públicos, de obra pública, de empleo público o de suministros"*. [BERCAITZ, **MIGUEL A**, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1980, 2ª edición, pág. 598].

No se puede ahora revivir el contrato terminado por mutuo acuerdo, para darlo por terminado una vez más por "falta de la planeación" anotada. [Ver, **CONSEJO DE ESTADO**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, Sentencia de 26 de julio de 2012, Exp. 23.605, Subsección A, Exp. 23.605, M.P. Danilo Rojas Betancourt].

6). Si en gracia de discusión se considerara viable referirse en este momento la falta de planeación, no podrían echarse a un lado dos exigencias precisadas antes, por dos razones fundamentales:

LAUDO ARBITRAL

- a). Porque la sociedad demandada no recibió beneficio económico alguno en la celebración del contrato, y
- b). Por cuanto tampoco la comunidad recibió las obras contratadas puesto que no fueron ejecutadas. [Ver, Sentencia de 24 abril/2013, ya citada en el punto 1 de este capítulo].

El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos *hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido*, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil, que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que debe observarse el principio de planeación, la elusión de este mandato supone una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto, porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público (...). Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado (...). *Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago (...). Y es que lo que se está afirmando es que de la expresión utilizada ("repetirse"), se desprende que la imposibilidad se configura siempre y cuando alguna de las partes del contrato nulo haya deprecado la nulidad absoluta y sabía o debía conocer el vicio (...)*. Pues bien, nótese que de acuerdo con estos antecedentes, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos (...). El artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana "en todo caso" por prescripción extraordinaria. [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 24 de abril/2013, radicación 27315, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, antes citada en este capítulo]. De encontrarse el contrato vigente tampoco se cumpliría esta exigencia axiológica de la figura.

7). Como ninguna de las prestaciones del Contrato se ejecutaron y materializaron en beneficio de la comunidad, no puede haber lugar al reembolso o restitución de lo pagado cuando el contrato adolece de objeto ilícito.

Tal como ya se había dicho, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil, que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos. Pero, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos (en el campo del derecho público) es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues sólo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado. Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que *"... Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público"*. [Cursiva fuera de texto].

Como en el caso *subjudice*, el interés público no se violó en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y, ello ocurriría, en el campo del contrato "público", por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente, y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida, en virtud de que el servicio público finalmente se preste en alguna proporción. Esto apenas si el contrato que concierne al laudo se considerara que está en ejecución.

Con todo, la obligación de *repetir* cesa cuando quien busca beneficiarse del decreto de una nulidad absoluta conocía o debió conocer el vicio y no lo manifiesta o expresa, se queda callado y luego lo aduce, cuando lo estima oportuno y para intereses de su conveniencia, porque el principio *in pari causa turpitudinem cessat repetitio*, lo impide. Por eso, de acuerdo con estos antecedentes doctrinarios, la prohibición del artículo 1525 del Código Civil lo que persigue es evitar que alguien

LAUDO ARBITRAL

pueda pedir que se le devuelva lo que haya dado o pagado en razón de un objeto o de una causa ilícitos, esto es, repetir, teniendo pleno conocimiento de la ilicitud y, por consiguiente, ese precepto no puede regir si el juez la decreta oficiosamente, máxime si, de no ordenar la restitución, en la práctica el negocio terminara produciendo todos los efectos como si fuese válido.

Por estas razones es que la aplicación del artículo 1525 del Código Civil supone que el juzgador en cada caso debe hacer un análisis para determinar si al no ordenar la restitución se desconoce, de un lado, la razón de ser de la regla jurídica contenida en el aforismo *in pari causa turpitudinem cessat repetitio* y, de otro lado, *si el negocio nulo termina produciendo en la práctica todos los efectos como si fuera válido*. [Ver, Sentencia del CONSEJO DE ESTADO, de 24 de abril/2013, ya comentada].

8). Ambas partes contratantes fueron conscientes de la viabilidad financiera del contrato, y confiaron en la posibilidad de su ejecución, prueba de ello es que lo firmaron. No hay bases para pensar lo contrario; lo que aconteció fue que durante el proceso arbitral se enfrascaron las partes en hacer manifestaciones recíprocas de incumplimiento del contrato, a sabiendas que el contrato ya había terminado anticipadamente por mutuo acuerdo, y que el haber empleado dicha causal extintiva dejaban sin soporte jurídico la posibilidad de pedir la reparación de perjuicios por incumplimiento, por fuera del acta liquidatoria.

La Jurisprudencia lo tiene establecido así muy claramente: "... Este acto jurídico [la terminación por mutuo acuerdo] está llamado a producir los efectos buscados en él, entre los cuales tiene que destacarse para los efectos de este proceso, *la expresa y mutua manifestación de exoneración de responsabilidad con el efecto vinculante que implica a las partes reclamar los perjuicios derivados del incumplimiento*", salvedad de lo que se determine expresamente en la liquidación (CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de enero de 1985, Consejero Ponente: Doctor Eduardo Suescún Monroy, Exp. 3344).

Nuevamente, el CONSEJO DE ESTADO, sobre este tema en particular ha sido enfático en precisar, sobre la liquidación de los contratos, y no sobre este, lo siguiente:

"La liquidación de un contrato por mutuo acuerdo queda en firme y por lo tanto no puede ser impugnada judicialmente, si el acta respectiva es aceptada y suscrita por las partes, sin salvedad alguna y sólo en la medida en que se formulen salvedades, el contratista se reserva la posibilidad de reclamar judicialmente. De tal manera que una vez liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, dado su carácter bilateral tal acto no es susceptible de enjuiciarse ante el órgano judicial a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) o que dicha liquidación se haya suscrito con salvedades o reparos por alguna de ellas en el mismo momento de su firma, que es la oportunidad para objetarla. Acerca de la inconformidad del contratista con relación a la liquidación del contrato, se ha sostenido que puede manifestarla ya sea no firmando el acta que pone a consideración la entidad contratante, cuando es ésta la que la elabora (en la práctica, usualmente es la interventoría la que elabora el acta de liquidación) y la otra, firmándola, pero dejando a salvo en el cuerpo del mismo documento los puntos que no comparte o que no acepta o que a criterio del contratista hace falta que allí se incluyan y definan las reclamaciones que se hicieron durante la ejecución del contrato, que son precisamente los factores relacionados con la ejecución del contrato sobre los cuales se reserva presentar posteriores reclamaciones..." [Ver, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de febrero/2001, rad. 11689, M.P. Allier Eduardo Hernández E].

9). El vicio que afecte la validez del contrato puede provenir de causas intrínsecas al contrato o de factores extrínsecos. En ambos casos la situación jurídica difiere. Si se demanda la causa de invalidez, debidamente sustentada, antes de la firma del contrato, la nulidad absoluta debe proponerse con relación a las ilegalidades de los actos previos, para que declarada ésta también se comprenda consecuentemente la nulidad del contrato (por falta de planeación). Pero, si la ilegalidad de los actos previos (falta de planeación) sólo se propone una vez firmado el contrato respectivo, la causa de invalidez apenas puede versar sobre el contrato, pero no sobre los actuaciones previas, con lo que se mantiene la regla de la inseparabilidad de los actos previos. [Ver, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1048 de 4 de octubre/2001].

LAUDO ARBITRAL

Así, como quiera que en el caso subjudice *apenas ahora*, al momento de dictarse el laudo, viene a estudiarse por los árbitros lo relativo a la eventual nulidad absoluta, *sin que en el curso del proceso arbitral la parte demandante hubiera propuesto considerar la invalidez de las actuaciones previas por falta de planeación, y, consiguientemente, la del contrato*, se concluye que solo y únicamente podría alegarse la nulidad del contrato pero por vicio de alguno de sus *elementos*, mas no por infracción a las actuaciones previas a la celebración de éste, entre ellas, la falta de planeación, pues, tales actuaciones previas solamente podían invocarse como fundamento de la nulidad del contrato, de modo que se preservaron los actos previos [Ver, CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 30 de octubre de 2013, Exp. 36863, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera].

Siendo ello así, la nulidad de que *podrían* ocuparse de estudiar oficiosamente los árbitros, aún en este momento, *sería la que versara sobre el contrato y uno de sus elementos esenciales o fundamentales*, cosa que ya quedó agotada en este laudo, pero no podrían entrar a declarar nulo todo o parte de la actuación previa surtida que llegaba hasta la firma del contrato, por las razones jurídicamente expuestas arriba.

10). Los motivos de la terminación del contrato se debieron a hechos o circunstancias ocurridas con posterioridad a la culminación del proceso licitatorio, no relacionados con una falta o ausencia de planeación del trámite licitatorio previo [conforme a la sentencia citada en el punto 9 que antecede].

11). La nulidad absoluta por objeto ilícito en virtud de la ausencia o falta de planeación de la etapa previa del trámite licitatorio, sólo cabría en un contrato vigente, sobre el cual deberían pronunciarse los árbitros, pero no sobre un contrato que las propias partes contratantes terminaron de común acuerdo, antes de comenzar a ejecutarse. *No puede haber pronunciamiento de nulidad sobre un contrato ya extinguido. Llegaríamos al contrasentido que habría que devolverle la vida jurídica al contrato extinguido, para volver a terminarlo por nulidad absoluta, lo que creemos no es posible por ser contrario a la lógica natural y jurídica.*

12). En el proceso no obra el acervo completo o íntegro de cuanto constituyó la etapa previa del trámite licitatorio, por cuanto éste no discurrió sobre la licitud o ilicitud del trámite previo de la licitación ni fue tema de controversia por las partes, sino que contiene las pruebas que a cada parte interesaba, y por consiguiente, en concepto de los árbitros, no se tiene la prueba completa y plena para decir que la nulidad absoluta queda configurada de manera ostensible o de bulto, como lo exige la ley y la jurisprudencia para ser declarada de oficio. A lo que se agrega lo expuesto en los numerales anteriores de este capítulo.

13). *De haberse presentado la falta de planeación predicada, la sanción hubiera comprendido a todo el contrato 287, y no se entendería cómo ni de qué manera habría de subsistir de un contrato inválido solo una cláusula, la 55, que sí resultara sobreviviente y tuviera que ser declarada nula, ineficaz, inválida o ilegal, ahora sí en juicio, y por el mismo motivo que debió afectar a todo el contrato;*

Independientemente de la facultad oficiosa que poseen los árbitros para decretar la nulidad por falta de planeación, no entienden los Árbitros como siendo éste un tema de tanta trascendencia para la parte demandante, no se formuló como argumento fundamental de la estructuración de la nulidad absoluta solicitada *in genere*, ni que se hubiera dejado por fuera de los alegatos de conclusión, aunque, no fuera esa la oportunidad debida para proponerla.

b). FALLAS DE ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO:

Los árbitros consideran lo siguiente:

El artículo 1494 del Código Civil determina cuál es el origen de las obligaciones para definir que éstas nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en el caso de las

LAUDO ARBITRAL

convenciones y de los contratos. Una vez celebrado el contrato se convierte en norma directriz e imperativa para las partes, sin que pueda ser invalidado a menos que exista un consentimiento mutuo, o alguna causa legal, como lo preceptúa el artículo 1602 ibídem. Según lo dicho, las únicas causas legales por medio de las cuales se puede invalidar un contrato, son la condición resolutoria y la nulidad.

Respecto a la primera nada aplica al caso presente, como sí es posible considerar la segunda para entender que las causas de nulidad de un contrato, mientras el contratante sea legalmente capaz, exprese su consentimiento libre de vicios, verse sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita, todo lo cual quedó explicado antes, no operan salvo que el consentimiento se encuentre afectado por vicios, según se deduce del artículo 1508 del Código Civil. Esta nulidad relativa exige la expresa formulación de parte. Con relación al "error" no se discutió su presencia en la posición de las partes al momento previo o concomitante a la celebración del contrato. En torno a la fuerza, como elemento perturbatorio de la autonomía de la voluntad, no observan los árbitros en la actuación procesal elemento de ningún orden que lleve a la discusión de la existencia de una presión física o psíquica indebida para general para producir el contrato.

Analizado el contexto de la documentación aportada, tampoco deducen los árbitros que se hubiera alegado el dolo, que al estar presente hubiera sido suficiente para impedir la celebración o realización del contrato (Art. 1515 C.C.). La simple presunción no sirve de fundamento para su alegación. Ahora, frente al objeto ilícito, tan ampliamente estudiado en el laudo, los árbitros insisten en su punto de vista, en que examinada la situación contractual no hay norma o precepto que haya servido para la configuración de su invalidez.

Los árbitros estiman que ambas partes del contrato sabían desde la etapa precontractual cuál era la razón de ser del contrato a celebrar, y que efectivamente convinieron. Sobre el punto en referencia es claramente entendible que si una persona, a plena conciencia [a sabiendas], interviene en la celebración de un acto o negocio jurídico, de cuya entidad tenía cabal conocimiento, se le niegue toda acción o derecho, porque la ley no puede utilizarse para obtener ventajas que no tienen soporte de licitud. A este comportamiento se refiere el artículo 1525 C.C., para negar el derecho a la restitución de lo que se hubiere pagado por objeto o causa ilícitos. [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, de 22 de enero de 1971, CXXXVII, 50].

No podrían las partes aducir ahora que fueron y son conscientes de alguna ilicitud por indebida estructuración del proceso licitatorio, en todo o parte de él, porque con base en el principio enunciado estarían contemporizando con la aceptación de una conducta que habiendo sido indebida o antijurídica se convierte en el presupuesto de un pretendido reclamo para conseguir un reconocimiento que vulneraría igualmente al derecho. Consolidada entonces la contratación, ninguna duda ofrece el principio que permite aceptar que las partes son libres de contratar en relación con aquellos asuntos que interesen a su condición, y que ese acuerdo se convierta en un imperativo para sí, como lo manda el artículo 1602 ibídem. Aun en el campo de la contratación pública, la jurisprudencia así lo ha sostenido: *"La nación, al contratar, queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan a los contratos, siendo una de ellas la del art. 1602 del C.C."* [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 12 de abril de 1935, Tomo LXI, bis, 213]. La misma Superioridad sostuvo al respecto: *"La nación, como persona jurídica, puede celebrar contratos con particulares, contraer obligaciones y quedar en consecuencia, sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos, y en esos contratos el Estado contratante se coloca en igual condición jurídica que el contratista, sin que pueda interpretar unilateralmente sus cláusulas"* [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Negocios Generales, Sentencias de 20 de marzo de 1928, XXXV, 262, y 4 de octubre de 1939, XLVIII, 947].

Con mayor razón estos postulados poseen plena eficacia en la contratación que realizan los particulares con personas jurídicas, en las cuales el ente estatal tenga una participación, mayoritaria o minoritaria, pues, a pesar de ello el contrato sigue los principios generales de las convenciones particulares. Cosa distinta es que el Estado como ente jurídico, con exclusión de cualquier participación de patrimonio particular, contrate bajo los supuestos que le permite la legislación propia del régimen administrativo.

Así, la intención o propósito de los contratantes, aun antes de la celebración del contrato, no permite a las partes sino ajustarse a ella, sin considerar la literalidad, puesto que no apareció en ningún momento situación que permitiera deducir voluntad contraria a lo que las partes conocían,

LAUDO ARBITRAL

de tal modo que el sentido del clausulado del contrato debía aplicarse independientemente de cualquier falla que, en gracia de discusión, pudiese haber afectado la "estructura" del contrato, porque, la demandada posee un régimen de contratación excepcional frente al Estatuto General de la Contratación Pública.

Ahora bien, el artículo 1625 C.C. permite extinguir las obligaciones mediante la voluntad de las partes interesadas, disposición que resulta aplicable al presente caso en que los extremos de la relación jurídica decidieron, con plenas capacidad y disposición, finiquitar o concluir el convenio, como se hizo constar en el acta de terminación por mutuo acuerdo, fechada el 13 de diciembre de 2011. Por eso, los Árbitros no pueden referirse a la falla de estructuración del proyecto porque estarían definiendo un asunto que se sale de su marco de actuación por varias razones:

1). Porque tratándose de un contrato de derecho privado estaba en el resorte de las partes, exclusivamente, celebrarlo o no;

2). Porque el contrato 287 terminó o se extinguió por mutuo acuerdo de las partes, por lo que no es ya posible revivirlo para resolver fallas de estructuración del proyecto, que el contratista, caso de haber existido, no las hizo valer oportunamente, y optó por celebrar el contrato y luego terminarlo por resciliación;

3). Porque cuando el proceso arbitral comenzó, el contrato y todo lo que giraba alrededor suyo había desaparecido ya de la esfera jurídica, por voluntad de las partes;

4). Las partes contratantes debían saber que, como efecto de la terminación de mutuo acuerdo, las relaciones recíprocas de impugnación de la conducta del otro co-contratante ya no tendrían efecto a futuro, incluida la hipotética falla de estructuración del proyecto;

5). Porque plantear la falla de estructuración del proyecto, como argumento a favor del contratista, traería como resultado que por haberla conocido desde antes y no advertirla oportunamente, no tendría derecho a valerse de ese motivo para ejercer la acción de reparación. Si el contratista hipotéticamente hubiera conocido en la etapa previa del proceso licitatorio la ocurrencia de tal "falla" estaba en el deber jurídico de manifestarla y no contratar mientras no hubiera sido subsanada, de suerte que si contrató debería entenderse que daba por firme la etapa precontractual, porque no podría ser otro el sentido de su actuación. La misma consecuencia se daría si el defecto apenas lo conociera ahora porque resultaría extemporáneo ante la terminación consensuada del contrato, lo cual hizo libre y espontáneamente;

6). Aun en el evento que, en gracia de discusión, la parte demandante hubiera formulado algún hecho concerniente a la falla de estructuración del proyecto, ella misma impidió su consideración por haber terminado el contrato por mutuo acuerdo. Por esta razón si hubiese habido una falla de esa índole en la etapa previa, ella debió alegarse en ese momento, antes de la celebración del contrato, o haber demandado esa actuación para dejarla sin efecto. Sea que el demandante hubiera hecho alusión a la anotada falla en la demanda, o que esta situación se examine ahora oficiosamente por los árbitros, la decisión sería la misma, no podría tener acogida la pretensión por la extinción de mutuo acuerdo del contrato 287;

7). De haberse presentado las fallas de estructuración predicadas la sanción hubiera comprendido a todo el contrato 287, y no se entendería cómo ni de qué manera habría de subsistir de un contrato inválido una cláusula, la 55, que si resultara sobreviviente y tuviera que ser declarada nula, ineficaz, inválida o ilegal, ahora sí en juicio, y por el mismo motivo que debió afectar a todo el contrato;

8). El *petitum* de la demanda reformada y corregida se sustentó inequívocamente en la impugnación de algunos apartes de la cláusula 55 del contrato, y no en el contrato mismo, que en opinión de los árbitros, es asunto diferente a lo que en rigor es una falla de estructuración del proyecto, previa al contrato, pues, dicha estipulación versaba sobre la forma de liquidación del contrato, cuando ya se había producido la terminación de aquél por mutuo acuerdo. Tal cosa permite ver que ni antes del contrato ni al momento de la resciliación al contratista le interesó falla alguna de estructuración del proyecto, porque, como se dijo, celebró el contrato, lo extinguió y lo liquidó, y porque suprimió *ex tunc* y *ex nunc* la relación jurídica que los unía. La discusión procesal se centraba en los alcances de la cláusula 55 para saber si en la liquidación efectuada con base en ella quedaron comprendidos todos los conceptos, o faltaron algunos por incluir. Ningún

LAUDO ARBITRAL

motivo de ilegalidad o invalidez del proceso licitatorio puede servir de fundamento a la nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartes demandados de la cláusula 55, cuando el contratista, como mínimo, lo conoció y no actuó oportunamente en contrario.

9). Finalmente los árbitros una vez analizado el acervo probatorio decretado y practicado, no encuentran prueba que demuestre la falla en la estructuración del proyecto.

c). LAS VIGENCIAS FUTURAS:

Congruente con lo acabado de expresar, los árbitros se refieren al "compromiso de las vigencias futuras" como causa de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartes demandados de la cláusula 55 del contrato 287, en los siguientes términos:

1). Es cierto que en el expediente obra la actuación de la Procuraduría, en la etapa previa del proceso licitatorio, pero si se lee con atención y desprevenidamente no hay una decisión oficial, concluyente, y fundada en derecho que decreta o declare ilegal alguna etapa o trámite de dicho proceso, o por el compromiso de las vigencias futuras extraordinarias. El contenido de tales manifestaciones es importante sí, pero tiene carácter de generalidad o recomendación o instructivo hechas para prever que la contratación pública y/o privada se realice en la normalidad legal y dentro del esquema de control que ejerce esa entidad pública ante los órganos del Estado o en las sociedades con fines de servicio público;

2). Esas manifestaciones de la Procuraduría, como de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no impidieron a la postre el trámite y culminación de la licitación, la adjudicación, la proposición del contrato y su celebración, y el inicio de las gestiones para su ejecución;

3). En torno a las vigencias futuras vale destacar adicionalmente lo siguiente:

a). El consorcio licitante supo inequívocamente que estaban comprometidas vigencias futuras extraordinarias o excepcionales, a través de la póliza del contrato que le fue suministrada, y de las condiciones del pliego, y que su presencia estaba prevista para costear la ejecución del contrato;

b). En ninguno de los Hechos de la demanda la parte actora se refiere a la ausencia o falta de autorización para comprometer vigencias futuras;

c). En las alegaciones finales de la demandante tampoco se alude a esta situación, y al no hacerlo tampoco se pretendió derivar de ella una causal de invalidez del proceso licitatorio y/o del contrato 287;

d). En el momento previo a la autorización para adelantar el proceso contractual y en lo que va hasta la negociación misma de éste, el contratista no formuló queja o reparo por la existencia de un motivo de invalidez por causa de la autorización del compromiso de las vigencias futuras;

e). Antes bien, la propia parte demandante expresa su conformidad a lo actuado en la etapa licitatoria previa, cuando en los Hechos de la demanda literalmente dice: "El 26 de noviembre de 2010, después de cumplir con todos los requisitos señalados en los Pliegos de Condiciones y en la Ley, Acuavalle y el Consorcio Acuavalle suscribieron el Contrato No. 287-2010 (en adelante, el "Contrato")" (Ver, Hecho 5 de la demanda);

f). Es más, a juicio de los árbitros, en la demanda reformada e integrada el contratista alude a que su remuneración contractual tenía como origen la cesión de los derechos económicos del componente tarifario (CMI), sin impugnar las vigencias futuras por falta de autorización para comprometerlas, como se desprende y lee de los Hechos 7, 21, 22, 23, 28, 31, y 35, de lo que presumen los árbitros que partía de la base de las vigencias futuras y de su autorización previa, porque si no, qué pago reclamaba;

g). A igual presunción llegan los árbitros al considerar las comunicaciones del consorcio-demandante, distinguidas así: AUC-0052-2011 de 15 de febrero de 2011, ACUA-0157-2011 de 1 de

LAUDO ARBITRAL

junio de 2011, y AUC-0169-2011 de 15 de junio de 2011, obrantes en el expediente y aportadas con la demanda; y

h). En las alegaciones de la actora, presentados al concluir el debate procesal, no se encuentra afirmación en el sentido que negara la autorización de las vigencias futuras.

4). Porque cualquier vicio o defecto del contrato y no simplemente de una cláusula, tenía que ser alegado por el contratista durante la vigencia del contrato, en cuyo caso estaba en el deber de censurar en la etapa previa del trámite licitatorio el compromiso de las vigencias futuras extraordinarias, o hacerlo antes de la celebración del contrato, de manera en el supuesto de que conocería de antemano esa circunstancia y no habiendo obrado para ponerlo de presente, en una u otra oportunidad, esto es, obrando omisivamente, no puede ser traído a colación aun de oficio para conceder un beneficio a quien no se sujetó a derecho;

5). La copia del reglamento de contratación de Acuavalle, que obra en el expediente por solicitud expresa de los Árbitros, tiene prevista la cláusula que permite comprometer vigencias futuras extraordinarias o excepcionales. La entidad Acuavalle obtuvo de su junta directiva la autorización para iniciar el proceso contractual, y facultó a su gerente para ello, conforme quedó establecido en la parte introductoria o preámbulo del contrato 287 y de los antecedentes del acta de terminación por mutuo acuerdo, de lo cual dan fe las actas 838 de 2009 y 848 de 2010, citadas en dichos documentos, lo que a criterio de los árbitros permite arribar a que la junta directiva tuvo que ocuparse necesariamente de la autorización para comprometer vigencias futuras, desde que daba vía libre a la contratación, y en cuanto que ambas partes hicieron manifestación expresa de haberse cumplido con todas las condiciones previas. Visto este asunto desde la posición del contratista, la parte demandante no probó que la junta directiva de Acuavalle hubiera dejado de aprobar el compromiso de vigencias futuras, o que habiéndose ocupado de ello, lo hubiera negado, y parece claro a los árbitros que tal carga probatoria, si quería obtener un beneficio económico de la falta de cumplimiento de ese requisito, era suya. Adicionalmente, el consorcio Acuavalle 2010, en la presentación de la propuesta económica para participar en el proceso licitatorio, declaró conocer todos los documentos que integran dicho proceso y fue consciente en aceptar todos y cada uno de los riesgos planteados en el contrato, tanto como en la audiencia pública de aclaraciones a que se refería el pliego de condiciones [Ver, Folios 544 y 545, Cdo demanda];

6). Adicionalmente, los árbitros piensan que en materia de la nulidad por objeto ilícito, ineficacia, invalidez o ilegalidad, de los apartes demandados de la cláusula 55, el consorcio asumió el deber de diligencia y cuidados que exige la ley a un contratante prudente y de buen juicio, para aplicarse al conocimiento de la información y de los riesgos sobrevinientes que llegasen a suceder, conforme a tenor de la solicitud de oferta pública y del pliego de condiciones de la licitación [Ver, Solicitud de oferta No. 027/2010, folios 577 vuelto, No. 4], siendo, pues, responsabilidad suya cerciorarse sin equívoco ni defecto que el mecanismo fundamental de pago por la ejecución del contrato, esto es, las vigencias futuras extraordinarias o excepcionales, tuviera la autorización de la junta directiva de Acuavalle;

7). Si se lee y analiza con detenimiento el texto y alcance jurídico de lo expresado en el punto 4 de los Antecedentes del acta de terminación del contrato, del 13 de diciembre de 2011, ambas partes contratantes afirman *"Que el proceso de Solicitud Pública de Oferta No. 027-2010 fue abierto y se rigió de conformidad con lo previsto en el Estatuto de Contratación de Acuavalle S.A. E.S.P y demás normas complementarias y concordantes"*, de lo que colige los árbitros que, en cuanto a las partes se refiere, están aceptando en tal texto que el proceso licitatorio se "rigió" por las normas legales aplicables, y que justamente el estatuto de contratación de Acuavalle consagraba la necesidad de la autorización para comprometer las vigencias futuras. Es por ello que los árbitros entienden que ambas partes contratantes daban por cumplido el supuesto de dicha autorización por la junta directiva de Acuavalle, pues, no sería concebible contratar sin él;

8). En el expediente no obra prueba concreta y fidedigna que demuestre el incumplimiento de Acuavalle a lo dispuesto en el Manual de Contratación de la entidad respecto a las vigencias futuras, por lo que, ante su ausencia procesal, no permite que pueda ser declarada de oficio la correspondiente nulidad absoluta por objeto ilícito, porque a tenor de lo dispuesto por el artículo 1742 del C.C, la declaratoria de dicha nulidad solo puede hacerse oficiosamente cuando resulte prueba ostensible o manifiesta, y obviamente, obrante en el expediente. A este respecto los árbitros afirman su posición en cuanto a que desde el punto de vista de la *demonstración* ostensible

LAUDO ARBITRAL

de la nulidad absoluta debe existir en el expediente una prueba plena, contundente y determinante, que haga ver a todas luces -sin posibilidad de pensar en contrario- que no hubo autorización para comprometer vigencias futuras, de aquí que la ley diga que dicha nulidad deba aparecer de manifiesto o de bulto (Art. 1742 C.C.). La declaratoria oficiosa de tal nulidad no puede efectuarse por "ausencia" en el expediente de la prueba demostrativa de la falta de autorización al compromiso de las vigencias futuras, porque se estaría decidiendo sobre la base de una *conjetura* no confirmada de la ausencia de dicha autorización, que como tal puede no ser cierta; y

9). Pero, si lo anterior no fuera suficiente, el contrato se terminó por mutuo acuerdo de las partes y fue liquidado conforme reza el acta correspondiente [folios 129 a 136, Cdno. 5], y con ello desapareció jurídicamente la posibilidad de revivirlo para ser impugnado de ilegal. Ahora, si la entidad que abrió la licitación incurrió en algún desconocimiento de la ley o no cumplió las condiciones exigidas al respecto, lo que sigue no es competencia de los árbitros porque, se repite, el contrato ya se terminó y quedó liquidado por mutuo acuerdo de las partes.

d). FALTA DE PUBLICIDAD DE CONCEPTOS DE ENTES PUBLICOS EN LA ETAPA PREVIA:

Del mismo modo como ha sido expresado en los tres literales que anteceden, los árbitros se detienen en considerar este punto para sacar las conclusiones que creen válidas:

1). En el expediente no hay una sola queja en que el consorcio licitante y posteriormente contratista, formulada a Acuavalle, en la que manifieste que alguna información básica o de importancia para la celebración del contrato, o proveniente de entes públicos, se lo hubiere ocultado, o retenido o negado, con cualquier fin o propósito;

2). Los propios contratistas reconocen en sus declaraciones de parte que en el proceso licitatorio concurren en igualdad de condiciones que los demás interesados en la convocatoria, lo que descarta el no suministro u ocultamiento de información, y que ganaron la licitación, como se suele decir, en franca lid;

3). Ambas partes contratantes manifestaron expresamente que tuvieron conocimiento de todo lo referente a la etapa previa de la contratación, lo cual está plasmado en el contrato 287-2010 y en la correspondiente Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo;

4). Suponiendo que en la realidad hubiera existido el ocultamiento de que se trata, pero no demostrado en el proceso, el vicio que se generaría no era el del objeto ilícito, sino la posible presencia de un defecto en el consentimiento, y no tendría por qué predicarse sólo de la cláusula 55, que es la única materia que ha estado en discusión; y

5). Con todo, el contrato fue terminado y liquidado de mutuo acuerdo, desapareció de la órbita jurídica, y ya no se puede tratar de revivir para ser objeto de impugnación por nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad.

e). LA LIQUIDACION PARCIAL DEL CONTRATO:

Lo referente a la liquidación del contrato 287 fue tratado ampliamente en el CAPITULO IX de la CUARTA PARTE de las CONSIDERACIONES del laudo, a lo cual se remiten los árbitros.

f). EL PAPEL DE ACUAVALLE FRENTE AL ESTRUCTURADOR DEL PROYECTO:

De igual manera a como se ha expresado en los cuatro literales que anteceden, los árbitros pasan a ocuparse de este asunto para extraer las conclusiones que consideran válidas:

1). La controversia entre el estructurador y el consorcio contratista fue en todo caso posterior a la celebración del contrato y anterior a la terminación del mismo;

LAUDO ARBITRAL

- 2). La nulidad por objeto ilícito, la ineficacia, la invalidez o la ilegalidad se predicen respecto al momento de la celebración del contrato, por hechos o circunstancias preexistentes que inciden decisivamente en su celebración, y que de presentarse en ese momento traerían las consecuencias anotadas, pero no puede tratarse de hechos o circunstancias que han nacido con posterioridad a la celebración de aquél, porque esas no descalifican la validez jurídica del contrato;
- 3). Si en efecto se tratase de una causa de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad, y estuviera probada, en el supuesto de ser anterior a la celebración del contrato pero con incidencia en la decisión de celebrarlo o no, el defecto no tendría por qué predicarse sólo de la cláusula 55 sino de todo el contrato, y únicamente han sido demandados algunos apartes de la misma;
- 4). El contratista tuvo antes de la celebración del contrato, conocimiento de los riesgos a su cargo, como se deduce de la Solicitud de Oferta Pública y del Pliego de Condiciones, como igual estuvo enterado de la función del estructurador y de los efectos de su actuación frente a ACUAVALLE y a él mismo;
- 5). Al no prosperar la pretensión resarcitoria por no haberse probado, a juicio de los árbitros, la nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartes demandados de la cláusula 55, por las razones ya expuestas, los árbitros no podrían ahora ocuparse de decidir un aspecto y una parte de esa pretensión, como es la que surge de la relación con el estructurador, porque estarían entrando a decidir sobre el fondo de esa pretensión, de suerte que no podrían ahora resultar afirmando que sí existió un daño causado por la demandada al no haber revocado la estipulación por otro, cuando el estructurador quedó vinculado al contrato 287 con su aceptación, frente a lo que, en conocimiento de los árbitros, no hubo manifestación contraria del consorcio;
- 6). Conforme a lo expuesto por los árbitros no puede considerarse si la conducta de Acuavalle fue omisiva frente al estructurador del proyecto (BONUS-CIP), porque eso equivaldría a ocuparse a fondo de las pretensiones indemnizatorias, y en todo caso el estudio que se hiciese al respecto debería efectuarse a tenor del contenido de la demanda reformada o integrada, en lo atinente a este particular asunto, para deducir si fue omisiva;
- 7). Aun en el evento que, si en gracia de discusión, se pudiese llegar hipotéticamente a la ideal conclusión que Acuavalle hubiera obrado en forma omisiva frente al estructurador (BONUS-CIP), tal aseveración no llevaría jurídicamente a la configuración de una nulidad absoluta por objeto ilícito, o a la ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartados demandados de la cláusula 55 del contrato 287, sino que tal actuación sería posterior a la celebración del contrato y tendría que definirse a la luz de si la licitante cumplió o no sus obligaciones contractuales, lo que es diferente a criterio de los árbitros;
- 8). Los árbitros no deducen en la forma como lo exige el artículo 1742 C.C., que exista configurada y de bulto u ostensible, una nulidad absoluta por objeto ilícito o de ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartados demandados de la cláusula 55 del contrato 287, para ser decretada oficiosamente, a la luz del papel que como asesor jugaba el CONSORCIO BONUS-CIP, y en atención a que sus comunicaciones u opiniones no se tenían como modificaciones o aclaraciones a la solicitud pública de oferta, y no producían efectos vinculantes para los asesores, los interesados ni Acuavalle [Ver, folios 77, punto 7, Cdo de la Demanda]; y
- 9). Porque el contrato 287 terminó o se extinguió por mutuo acuerdo de las partes, por lo que no es ya posible jurídicamente revivirlo para resolver las contingencias de la relación estructurador-contratista.

CAPITULO OCTAVO

**SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL:
DECLARACION DE INAPLICABILIDAD DE LOS APARTES DEMANDADOS
DE LA CLAUSULA 55, A LA LIQUIDACION DE PERJUICIOS SOLICITADA,
CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA**

LAUDO ARBITRAL

Siguiendo el orden de enunciación de las PRETENSIONES principales y subsidiarias formuladas por la parte actora en la demanda, observan los árbitros que la SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA (consistente en la inaplicabilidad de los apartes demandados de la Cláusula 55, al reconocimiento de la indemnización de perjuicios pedida), con relación o referencia a la SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL (declaración de la nulidad absoluta de los citados apartados de la cláusula en mención), se estudiará después de ser definido lo concerniente a la controversia entre partes procesales acerca del conflicto de ellas sobre si en contrato quedó liquidado completamente, para, luego, pronunciarse sobre la acción indemnizatoria de perjuicios planteada por la parte actora.

CAPITULO NOVENO

**LA PRETENSION TERCERA PRINCIPAL:
LIQUIDACION PARCIAL DEL CONTRATO
287-2010 Y CONCLUSIONES,
CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA**

En el CAPITULO I de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA del laudo, titulada **ESTUDIO Y CONCLUSION DE LA TERMINACION POR MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO Y SU LIQUIDACION COMO PRESUPUESTO PARA LA FORMULACION DE LA DEMANDA ARBITRAL**, los árbitros llegaron a la conclusión que el contrato 287 terminó por mutuo acuerdo de las partes, y que habiendo quedado en el acta de liquidación del mismo, la *reserva* de materias y valores reclamados por la parte actora, podía acudir ésta al arbitraje pactado para dirimir tales controversias con la parte convocada, a la luz de la jurisprudencia y doctrina examinadas, a efecto de discutir las acciones de NULIDAD ABSOLUTA, INEFICACIA, INVALIDEZ e ILEGALIDAD sobre los aspectos materia de debate procesal de la cláusula 55, como base para concluir finalmente si como efecto de la prosperidad de una ellas, había lugar a la indemnización de perjuicios reclamada a la parte convocada.

Por ello, la liquidación del contrato, en la parte que reclama el consorcio, como convocante en el arbitraje, ha quedado supeditada al resultado favorable y la prosperidad de las pretensiones de NULIDAD ABSOLUTA, INEFICACIA, INVALIDEZ o ILEGALIDAD propuestas en la demanda reformada e integrada, como quiera que si éstas no prosperan, según lo examinado sobre cada una de ellas en los Capítulos respectivos, no tiene sentido lógico ni jurídico concluir que dicha operación ha tenido viabilidad fáctica y jurídica, porque para ocuparse de la LIQUIDACION que abriría paso a la acción de reparación tuvieron que haber surtido efecto las pretensiones principales o subsidiarias (SEGUNDA PRINCIPAL, y PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL), mencionadas al comienzo de este párrafo.

Al respecto, y como corolario de lo expuesto en los anteriores y en el presente capítulo, los árbitros presentan el cuadro de conclusiones a que han llegado sobre cada acción ejercida (NULIDAD ABSOLUTA, INEFICACIA, e ILEGALIDAD (también distinguida como causa de invalidez), y la INVALIDEZ (que comprende genéricamente la incapacidad absoluta o relativa; la causa ilícita; el objeto ilícito: por violar el orden público o el interés público, la violación al derecho público, la violación a normas imperativas, y la violación a la moral y las buenas costumbres, detalle que se hace por la formulación genérica que de la invalidez hizo la parte actora en este proceso), como condición de procedibilidad para pronunciarse sobre la juridicidad o ilegalidad de las razones que las pudieren originar, a fin de decidir si prospera o no la TERCERA PRETENSION PRINCIPAL, que versó sobre la estimación de la liquidación del contrato con carácter "parcial".

El resultado a que han arribado los árbitros en torno a cada una de las PRETENSIONES formuladas in genere en la demanda corregida y unificada, así como de las causales presentadas en las alegaciones de conclusión, y de los motivos estudiados officiosamente por los árbitros, es el siguiente:

LAUDO ARBITRAL

- 1). **Nulidad absoluta por incapacidad absoluta**, (conocida como motivo de invalidez), Capítulo IV, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO literal A, no prospera;
- 2). **Nulidad absoluta por causa ilícita**, (apreciada como motivo de invalidez), Capítulo IV, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO literal B, no prospera;
- 3). **Nulidad absoluta por objeto ilícito**, (reconocida como causa de invalidez), Capítulo IV, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO literal C; y Capítulo SEPTIMO de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO, no prosperan.
- 4). **Ineficacia por inexistencia**, Capítulo V, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO, literal A, no prospera;
- 5). **Ineficacia por nulidad absoluta y nulidad relativa** (antes examinadas), (señaladas como motivos de invalidez por ineficacia), Capítulo V, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO, literal B, no prospera;
- 6). **Ineficacia por vicios del consentimiento** (a la que ya hemos hecho referencia), (causal de invalidez), Capítulo V, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO, literal C, no prospera;
- 7). **Ineficacia por inoponibilidad**, Capítulo V, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO, literal D, no prospera; y
- 8). **Ineficacia por ilegalidad**, que también se conoce como causa de invalidez), Capítulo V, de la CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO, literal E, no prospera;

Ahora, en cuanto a las causales propuestas por la actora, en las alegaciones de conclusión (CAP. SEXTO DE LA CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO), y las que se examinaron oficiosamente por los árbitros (falta de planeación), (CAP. SEPTIMO DE LA CUARTA PARTE CONSIDERATIVA DEL LAUDO), la conclusión es que no se configuran, para los efectos buscados por dicha parte en el proceso.

En consideración a lo anterior, pese a que la parte convocante estaba autorizada legalmente para demandar, por haber dejado la reserva de materias y valores sobre los que tenía inconformidad con la parte demandada, en el acta de liquidación del contrato, a cuyo efecto formuló las acciones de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez e ilegalidad contra los apartados demandados de la cláusula 55, al no prosperar a juicio de los árbitros ninguna de ellas, como tampoco las contenidas en los alegatos de conclusión, ni las estudiadas oficiosamente, por las razones jurídicas expuestas atrás, no tiene sentido alguno, ni en lógica ni en derecho, la prosperidad de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL, conforme a las acciones propuestas por la parte convocante, por los razonamientos jurídicos ya examinados. Conforme a lo expuesto antes en el presente laudo el contrato No. 287 viene a quedar liquidado por la propia voluntad de las partes contenida en el acta de terminación en la cual ellas mismas indican que ha quedado concluido o terminado el trámite liquidatorio, de modo que no habiendo prosperado las acciones de la demanda no hay razón jurídica para ir contra el trámite liquidatorio.

CAPITULO DECIMO

SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL: DECLARACION DE *INAPLICABILIDAD* DE LOS APARTES DEMANDADOS DE LA CLAUSULA 55, A LA LIQUIDACION SOLICITADA DE PERJUICIOS, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA

Volviendo los árbitros sobre la consideración de la SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA (inaplicabilidad de los apartes de la cláusula 55 a la indemnización de perjuicios) DE LA PRIMERA PRINCIPAL (nulidad absoluta), estudiado y definido lo correspondiente a la disputa sobre la existencia y/o terminación del contrato, y su liquidación parcial o total, conflictos sobre los cuales los árbitros ya se han pronunciado, debe examinarse a continuación *la teoría jurídica correspondiente a la indemnización de perjuicios contractuales*, como presupuesto para definir luego si las partes podían convenir o no en la liquidación de aquél los apartados impugnados de la cláusula 55, *en consideración a la incidencia que pueda llegar a tener positiva o negativamente el reconocimiento de la validez o invalidez de tales apartados de la cláusula con relación a la reclamación de la indemnización de perjuicios.*

LAUDO ARBITRAL

La responsabilidad civil contractual hace referencia al resarcimiento del daño causado por una parte a otra, por el *incumplimiento* de las obligaciones contraídas en el acto/contrato válidamente celebrado, o por cumplirse imperfectamente, o haberse retardado su cumplimiento [Ver, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, Tratado de responsabilidad Civil, Tomo I, pág. 68, Editorial Legis, Bogotá, 2007]. Dicha responsabilidad entraña una función *sustitutiva, secundaria o vicaria*, que aparece cuando las prestaciones de dar, hacer o no hacer dejan de cumplirse (o se cumplen imperfectamente, o de modo tardío), ya que entonces la obligación primera se transforma en la de reparar perjuicios, por lo que la obligación indemnizatoria está estrechamente ligada a la prestación inicial que, al resultar incumplida, condiciona la naturaleza y el monto de la reparación (Arts 1605, 1610, 1612 C.C.).

Las causas del INCUMPLIMIENTO de la obligación *contractual* son fundamental y estrictamente la *culpa* (Art. 63 C.C.), en sus tres modalidades: grave, leve y levísima, y la *mora* [automática o por requerimiento judicial], (Art. 1608 C.C.).

Dependiendo del grado de culpa se determina por el juez si cubre perjuicios previsibles o imprevisibles (Art. 1616 *ibidem*). Siendo varios los contratantes incumplidos su responsabilidad en los perjuicios es mancomunada o divisible, a menos que se haya pactado solidaridad (Art. 1568 C.C.), *pero se deja advertido que en la legislación comercial se consagra la solidaridad* (Art. 825 C. Co.). El contenido de la reparación contractual está determinado por los artículos 1613 y 1614.

Lo que sigue es definir si las partes contratantes tienen derecho a modificar el alcance de las reglas contenidas en los artículos 1613 y 1614 C. C., o si, por lo contrario, ellas son inmodificables e imperativas. Sea lo primero dejar precisado que los apartes impugnados de la cláusula 55, entrañan una modificación a la doctrina contenida en las dos disposiciones citadas [Ver, los apartes demandados de la cláusula, visibles en la PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL, página 2 de la demanda]. En consideración a ello, los árbitros sientan su criterio: Nuestra legislación positiva no permite modificar el contenido de las normas legales cuando con ello se viola el interés público, el orden público, la moral y las buenas costumbres, y, por tal motivo, son de derecho público, o se consideran imperativas o prohibitivas, requiriéndose que para cada caso la disposición legal lo exprese (artículo 16 C.C.). Pero, sí permite que los contratantes estipulen lo que a bien tengan cuando el derecho sobre el cual versen dichos arreglos, no afecte los intereses tutelares mencionados, fundamentalmente, con base en la autonomía de la voluntad contractual, que parte de reconocer al contrato como fuente formal de las obligaciones jurídicas (artículo 1494 C.C.), y el artículo 15 del mismo, que autoriza renunciar a los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia, como es apenas obvio. Si no hay norma o precepto que prohíba tales acuerdos y renunciaciones al derecho la actuación entre los contratantes es válida.

La doctrina es abundante en este sentido, según lo ya dicho, y así lo afirma el profesor OBdulio VELÁSQUEZ POSADA, retomando su opinión al sostener que "*Dentro de la libertad contractual, en ocasiones las partes pactan de modo anticipado al cumplimiento del contrato las formas de regulación de la reparación de daños que eventualmente puedan sufrir por los previstos incumplimientos. Estas son las denominadas cláusulas de responsabilidad que según la doctrina pueden dividirse en dos tipos: a) cláusulas relativas a la obligación que al eliminarla afectan necesariamente la responsabilidad y b) las cláusulas relativas a la reparación, dentro de las cuales se incluyen las que exoneran de responsabilidad por daños a una de las partes, y las cláusulas limitativas de responsabilidad que tienen por objeto predeterminar límites y modalidades de reparación*". [Ver, Responsabilidad Civil Extracontractual, pág. 62, Universidad de La Sabana, Bogotá, 2009].

Los árbitros se valen nuevamente del ilustrado criterio de los juristas CARLOS DARIO BARRERA TAPIAS y JORGE SANTOS BALLESTEROS, expresan que las cláusulas *eximentes* de responsabilidad son aquellas "*por medio de las cuales uno de los contratantes libera al otro de la obligación indemnizatoria de la responsabilidad civil, en eventos más o menos definitivos y con aplicación futura. La cláusula eximente de responsabilidad es una dispensa total, mientras que la cláusula limitativa es una dispensa parcial*". [Ver, El daño justificado, pág. 47, Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Seminarios, No. 2, 1997].

Para mayor reiteración, el profesor ARTURO VALENCIA ZEA, luego de pronunciarse sobre la improcedencia de las cláusulas de irresponsabilidad contrarias al orden público o a las buenas

LAUDO ARBITRAL

costumbres, se ocupa del análisis de las cláusulas de irresponsabilidad no contrarias al orden público o a las buenas costumbres, que es el caso *subjudice*, y expresa que "En general, la validez de una cláusula de irresponsabilidad debe condicionarse a estos dos factores: 1) a que recaiga únicamente sobre el cumplimiento de derechos patrimoniales; 2) a que no se elimine una de las obligaciones esenciales del contrato, pues no se concibe que una persona se obligue a cumplir una obligación y, por otra parte, se irresponsabilice en el cumplimiento de dicha obligación" [Ver, Derecho Civil, Obligaciones, Tomo III, 6ª edición, pág. 430, Temis, Bogotá, 1982].

Adicionalmente, las cláusulas que modifican la responsabilidad, siguiendo al profesor MARIO FERNANDO PARRA GUZMAN, que sobre el particular cita al jurista LUIS MUÑIZ ARGÜELLES, se pueden definir como aquellas que se insertan en un contrato con el propósito de disminuir o aumentar la exigencia en cuanto a su cumplimiento, respecto del deudor, del acreedor, o un tercero, y que, incluso, pueden fijar plazos de prescripción más cortos, o prever la renuncia a los efectos liberatorios de la fuerza mayor [Ver, Responsabilidad civil, pág. 82, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 2010].

Estas explicaciones doctrinarias son suficientes para demostrar que los contratantes pueden modificar las reglas legales en materia de responsabilidad contractual, y que a más de las disposiciones citadas están facultados para ello por virtud del inciso final del artículo 1604 C.C. Es la propia ley la que autoriza, en el campo privado, a variar los grados de responsabilidad del deudor. Claro está dichas limitaciones deben ser expresas, en consecuencia, la responsabilidad puede ser variada con relación a la ley.

A juicio de los árbitros, los apartes demandados de la cláusula 55, conforman una disposición contractual que limita la responsabilidad civil patrimonial en caso de terminación anticipada del contrato, que, aunque, el contrato citado no hubiera sido terminado por MUTUO ACUERDO y liquidado, conforme se explicó antes, mal podría disponerse que perdiera su efecto limitante, el previsto por los contratantes, porque se cumple con todos los requisitos para que ese tipo de acuerdos gocen de validez: *Se trata de un derecho privado de los contratantes, patrimonial, que no elimina las estipulaciones esenciales del contrato, y cuya renuncia gira únicamente en el interés individual y patrimonial del renunciante, sin que pueda decirse que con ello resulta afectado el orden público o las buenas costumbres.*

Desconocer ahora lo que acordaron los contratantes al celebrar el contrato, hace que ninguna de las partes pueda alegar que los apartes demandados de la mencionada cláusula 55, no eran aplicables a la condena por perjuicios, porque tardíamente las partes volverían sobre sus propios actos y alegarían en su contra al no resultarles conveniente (*venire contra factum proprium*), lo cual no armoniza con el principio de la celebración y ejecución de buena fe de los actos y declaraciones de voluntad.

El principio aludido sólo puede tener sustento cuando la conducta de una de las partes contratantes es legítima (como sería el caso que violara el orden público o desconociera los elementos esenciales contrato). Ciertamente, algunos jurisconsultos del derecho romano tenían razón, porque nadie puede pretender cambiar su designio, respecto al cual ha consentido legítimamente *ab initio*, en perjuicio del otro sujeto de la relación jurídica contractual. Es cierto que la máxima instancia constitucional da crédito al principio del *venire factum proprium*, pero, cuando la actuación de quien pretende valerse de él es legítima y conforme a derecho, y la de su contraparte es abusiva, y los árbitros ya han constatado que los apartes demandados de la cláusula 55 no resultaban ilegítimos entre partes.

Los árbitros están obligados a rechazar la PRETENSION SEGUNDA SUBSIDIARIA (inaplicabilidad de los apartados de la cláusula 55) DE LA SEGUNDA PRINCIPAL (nulidad absoluta de esos mismos apartes), por las razones ya expresadas, a más porque: a). El vínculo jurídico obligacional ya había terminado por mutuo acuerdo, lo que descarta la idea de incumplimiento del mismo; b). Porque siendo así, la liquidación dejaba de ser formalmente parcial, y nada queda por liquidarse; c). Porque las PRETENSIONES de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartados demandados de la cláusula 55, no prosperaron por las razones expuestas antes en el laudo, y d). Porque el numeral QUINTO del Acta de terminación y liquidación del contrato, expresa y literalmente consignó que el contrato quedó liquidado, siendo su tenor el siguiente: "Con la presente acta, las partes acuerdan agotado el procedimiento de terminación, de común acuerdo, y liquidación del Contrato No. 287 de 2010, en los términos de la presente Acta" (negrilla fuera de texto). En consecuencia, no es del caso ni procedente pasar a discutir

perjuicios, por no haber quedado demostradas o probadas las acciones de nulidad absoluta, invalidez, ineficacia e ilegalidad, que eran decisivas para la viabilidad al pago de perjuicios.

CAPITULO DECIMO PRIMERO

CUARTA PRETENSION PRINCIPAL: LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS Y SU SOLICITUD DE CONDENA, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA

La parte convocante solicita, en la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL, que se declare que la terminación anticipada del contrato, a través del acta de terminación de MUTUO ACUERDO y liquidación del mismo, le causó perjuicios por daño emergente y lucro cesante, que no quedaron reconocidos en la liquidación, causados por la sociedad convocada, y que deben ser pagados por ésta a las integrantes del Consorcio Acuavalle 2010.

La pretensión formulada versa entonces sobre la *responsabilidad civil contractual*, por lo que se impone que los árbitros se detenga en el examen de esta especie de responsabilidad (contractual) para determinar si ella resulta predicable al presente caso o debe desecharse, y sacar luego las conclusiones que corresponda para declarar fundada o no la pretensión brevemente indicada. Los árbitros parten de la base que, como ya lo analizaron en detalle, el vínculo terminó por el "mutuo acuerdo" de las partes, como ha quedado probado plenamente en el proceso, bastando al efecto leer el Acta de terminación [visible a folios 107 a 114, Cdo 1.1], circunstancia esta que ha sido aceptada por ambas partes procesales.

No ignoran los árbitros que ANTES de la terminación del contrato por mutuo acuerdo, existieron delicadas y considerables diferencias jurídicas y económicas entre los contratantes, que hubieran podido llevar a cualquiera de las partes, dentro de sus mutuas imputaciones, a demandar el cumplimiento del mismo o su resolución por incumplimiento, a tenor de los artículos 1546 del C.C., y 870 del C. Co., pero, que, en vez de discutir su conflicto judicial o arbitralmente, optaron por darlo por terminado de MUTUO ACUERDO, libre y espontáneamente, con pleno conocimiento y plena advertencia de lo que hacían, a pesar de la existencia de las diferencias anotadas.

1). El incumplimiento contractual:

La finalidad está en un acuerdo de voluntades expresado en la órbita jurídica, por ende, revestido de obligatoriedad, que supone que su cumplimiento no está en principio excusado (*pacta sunt servanda*), y que produciéndose su *incumplimiento* la conducta de la parte que retarde o no cumpla la prestación a su cargo hace que nazca el derecho a la *reparación* de los perjuicios que tal conducta antijurídica causa a la parte cumplida o que se allana a cumplir, en la forma y tiempo debidos. Si bien la responsabilidad contractual, nacida del incumplimiento o del cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, comparte los mismos elementos configurantes de la responsabilidad civil extracontractual (*aquilliana*), -aunque, con algunas particularidades-, no puede por ello desconocerse la existencia de la responsabilidad contractual, porque el contrato es fuente de obligaciones civiles, con extenso régimen normativo, que garantiza y tutela la existencia y ejercicio de intereses estrictamente personales, respecto de los cuales podría devenir incumplimiento generador de perjuicios a la parte que adopta en él una postura sana, y cuyo interés no gozaría de protección y amparo si no mediara la consagración constitucional y legal del derecho a la reparación. Tan evidente resulta este reconocimiento ideal que la Instrumentación de la ley sólo aparece cuando las estipulaciones del contrato violan el orden público, la moral o las buenas costumbres.

LAUDO ARBITRAL

La responsabilidad civil *contractual* nace cuando la actuación de una de las partes en el contrato, conlleva incumplimiento *inexcusable* de las obligaciones que adquiere, y con causa en el mismo se genera daño a la parte cumplida o allanada a cumplir. Vista así, la responsabilidad, en este caso, es una sanción que se impone por la ley a un ilícito de carácter contractual, como consecuencia del daño que el infractor le causa al otro contratante, por violación de la obligación de origen convencional que ha dado nacimiento a la relación jurídica [Ver, A ALESSANDRI y otros, ob cit., pág. 251]. Así las cosas, uno de los contratantes quebranta el contrato y causa perjuicios al otro; lo que se reclama en tal caso no es el cumplimiento del contrato sino la indemnización de perjuicios con fundamento en la negligencia o en el dolo. Por eso, es indispensable para hablar de la responsabilidad contractual tener en cuenta que debe ***probarse la existencia del vínculo jurídico que ata a las dos partes, el incumplimiento doloso o culposo de la obligación a cargo de uno de los contratantes, y la existencia del perjuicio causado a la parte cumplida o que se allana a cumplir en la forma y tiempo debidos.*** Como quiera que el contrato nace por la voluntad de quienes lo celebran, su incumplimiento atañe a la defraudación que una de las partes ha ocasionado a la declaración de voluntad de la otra, y en el presente caso la demandante hace radicar dicha defraudación en causales *in genere* de la nulidad absoluta, Ineficacia, Invalidez o Illegalidad, que imputó a ACUAVALLE.

Ahora, tal defraudación de la confianza origina la responsabilidad civil porque el incumplimiento inexcusable de una de las partes, generador del daño, burla la buena fe con que la parte cumplida se ata a la incumplida (artículo 1603 C.C.). Por eso el contrato es fuente de obligaciones civiles (artículos 1494 y 1495 C.C.), y principalmente de la indemnizatoria. Por ello, el destacado profesor ALVARO PEREZ VIVES, afirma que para que exista responsabilidad contractual es preciso que exista un contrato y que el vínculo jurídico que genera esa responsabilidad surja de la relación contractual. En rigor expresa: ***"Para que haya responsabilidad contractual es preciso que exista un contrato y que el vínculo jurídico que genera esa responsabilidad surja de la relación contractual..."***, y agrega: ***"...El punto de partida para afirmar que una persona está obligada a indemnizar a virtud de responsabilidad contractual, es el incumplimiento de una obligación convencional; la culpa o el dolo del contrato incumplido, no la obligación primitiva en sí misma"***, y finaliza diciendo que ***"De modo, pues, que para exigir de una persona responsabilidad contractual, hay que demostrar la existencia de un vínculo convencional, la violación de la obligación que de él surgió (esto es, la culpa del deudor) y el perjuicio que de allí se derivó al acreedor"***, [Ver, Teoría General de las obligaciones, Volumen II, pág. 10 y 11, No. 147, Editorial Nascimento, Santiago, 1998]. [Ver, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia de 4 de febrero de 1946, G.J., tomo LX, pág. 59].

En estricto sentido, la idea de *incumplimiento* es posterior o subsiguiente a la del nacimiento mismo del contrato. Vale decir, el incumplimiento tiene como *causa* o antecedente el contrato celebrado.

Lo normal es que el *contrato* sea cumplido por quienes lo celebran o por sus causahabientes, y ello implica que cada parte está en el deber de cumplir las prestaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos, sea que éstas provengan de los elementos esenciales del negocio jurídico, o de su naturaleza, o que accidentalmente se le introduzcan. Sin embargo, no pocas veces, al menos una de las partes no honra la confianza depositada en sí y viola o incumple el contrato.

2). La obligación de cumplimiento o de resolución:

Dispone el artículo 1546 C.C., citado por la parte convocante como fundamento de sus pretensiones indemnizatorias, como lo repite el artículo 870 del Código de Comercio, que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita para el caso en que uno de los contratantes no cumpla lo pactado o no se allane a cumplir, en la forma y tiempo debidos, de lo que se sigue que, por virtud de la ley, el cumplido tiene dos acciones *principales*: la de *cumplimiento* del contrato, o la *resolutoria*, dependiendo del interés personal y económico del contratante cumplido. Por la primera se pide que el incumplido sea condenado a cumplir, mientras que por la segunda, lo que se solicita es la terminación del contrato por causa de incumplimiento culposo o moroso. El profesor A. ALESSANDRI y otros, trayendo a cuenta la opinión de STITCHKIN, enseña que la demanda deducida por el acreedor en cualquiera de ambos sentidos implica

LAUDO ARBITRAL

necesariamente la constitución en mora del deudor, estando de más la petición de que esto se declare expresamente por el juez [Ver, Tratado de ..., ya citado, pág. 302, No. 875, a].

3). La naturaleza o carácter de la acción *indemnizatoria de perjuicios de tipo contractual*:

A la acción indemnizatoria de perjuicio se refiere el artículo 1546 C.C., que es el que invoca la parte demandante para esta prestación, conforme a la cita que hace del artículo 1546 C.C., en los FUNDAMENTOS DE DERECHO de la demanda, igual al artículo 870 del C. Co., en su parte final dice: "...en ambos casos con indemnización de perjuicios", de modo que los perjuicios están vinculados a la acción de cumplimiento y a la resolutoria, cualquiera de éstas sea la que elija la parte cumplida.

En consecuencia, la acción indemnizatoria de perjuicios de origen contractual no es una acción autónoma, independiente y principal, sino una acción subsidiaria, derivativa o consecencial (nombre este último que bien le da el apoderado de la parte demandante en las pretensiones cuarta (4ª) a séptima (7ª), inclusive, de la demanda). La doctrina es clara sobre el particular: Los profesores HENRI y LEON MAZEAUD, y ANDRÉ TUNC, enseñan que: "*Incumplimiento de una obligación esencial: la responsabilidad es contractual. Opuesta a esa primera situación [se refiere a la delictual], hay una segunda que no podría ofrecer ya dificultad. Es aquella en que el daño causado por uno de los contratantes al otro resulta directamente del incumplimiento del contrato...*", y adicióna "...Salta a la vista, en efecto, que existe un vínculo estrecho entre el hecho generador del daño y el cumplimiento del contrato; porque la obligación incumplida es una obligación que las partes toman siempre en consideración", [Ver, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo Primero, Volumen I, pág. 204, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977].

Ahondando más en la doctrina sobre el particular, el profesor ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ y otros, dicen al respecto: "*El vocablo incumplimiento se usa en un sentido lato y otro estricto. En sentido lato significa tanto retraso en la ejecución de la obligación, o incumplimiento temporal, cuanto incumplimiento propio y verdadero, o incumplimiento definitivo de la misma. En sentido estricto sólo significa el incumplimiento definitivo de la obligación*", [Ver, ob cit., pág. 252], y más adelante expresan: "*I. Infracción de la obligación. CUÁNDO EXISTE Y SU NECESIDAD. La acción e indemnización de perjuicios está basada en la infracción de la obligación. Tal infracción puede consistir en el cumplimiento total o parcial o en el cumplimiento tardío de la obligación. Resulta obvio que si la obligación se ha cumplido en forma exacta, íntegra y oportuna, se ha dado plena satisfacción al acreedor y no hay margen para perjuicio alguno*" [Ver, ALESSANDRI y otros, obra citada, pág. 264].

Es indudable que en criterio de estos autorizados juristas, la indemnización sólo nace por causa de incumplimiento del contrato, y que el artículo 1546 del Código Civil y el artículo 870 del Código de Comercio le otorgan a la parte cumplida de un contrato bilateral, dos acciones principales: la de cumplimiento del contrato o su resolución, para que al prosperar la impetrada, resulte consecencial el derecho a la indemnización de perjuicios. Por su parte, los profesores FELIX A. TRIGO REPRESAS y MARCELO J. LOPEZ MESA, dicen sobre el particular: "*INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. A.1) Concepto de incumplimiento. El efecto normal de toda obligación se produce cuando el deudor cumple, voluntaria y espontáneamente, la prestación debida, satisfaciendo así el interés del acreedor; con lo cual se va a producir la extinción de la relación obligacional. Por el contrario, si el comportamiento del obligado no se ajusta a lo "debido", se produce el incumplimiento, tomando a esta expresión en su significación más amplia...*", y concluye diciendo "...O sea en suma que puede decirse, que el incumplimiento es una situación antijurídica o contraria a derecho, que se presenta cuando el deudor se aparta u obra de manera distinta, de lo que constituía su proceder "debido", implicado en la obligación a su cargo" [Ver, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, pág. 73, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008].

En el ámbito nacional, el profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO precisa sobre el incumplimiento contractual lo siguiente: "*Delimitado el campo de las responsabilidades precontractual y poscontractual, y admitido que haya de por medio un contrato entre la víctima y el causante del daño, la responsabilidad del agente solo será contractual en la medida en que el daño surja de la inexecución del contrato, es decir, que haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas*", y cita en su apoyo, entre otros, a los profesores PHILIPPE MALAURIE,

LAUDO ARBITRAL

LAURENTE AYNES Y PATRICE JOUDAIN [Ver, Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo I, pág. 78, Editorial Legis, Bogotá, 2007].

No cabe duda entonces frente a la normatividad vigente en el país y a la más ilustre doctrina sobre este asunto, que *la indemnización nace cuando se incumple la obligación del contrato*, pero ello no basta porque debe demostrarse dicho incumplimiento como presupuesto de la acción secundaria o consecucional de la indemnización de perjuicios. Los mismos profesores TRIGO REPRESAS y LOPEZ MESA destacan con elocuencia la subsidiaridad de la acción indemnizatoria en los siguientes términos: *"Empero, en el marco de lo contractual, el derecho a indemnización del acreedor presupone el incumplimiento latu sensu del negocio, de manera que la acción indemnizatoria se encuentra ligada a otra pretensión del mismo que, con motivo de tal incumplimiento, reclama la ejecución forzada de la prestación o la resolución del contrato (...); todo lo cual importa que si la acción básica no prospera, tampoco habrá de ser viable la complementaria dirigida a obtener la indemnización del perjuicio. Aunque igualmente bien puede suceder que sólo triunfe la acción principal por cumplimiento o resolución, y no la resarcitoria, si por ejemplo no se hubiesen acreditado en debida forma los daños asimismo pretendidos"* [Ver, ob cit., Tomo V, págs. 439 y 440].

La jurisprudencia nacional también ha sido clara en determinar de tiempo atrás el carácter consecucional o accesorio de la acción indemnizatoria de perjuicios contractuales. El profesor DARIO PRECIADO AGUDELO reafirma lo dicho así: *"Ahora, si no ha de prosperar la pretensión principal lógicamente, la consecucional de que se condene al demandado al pago de los perjuicios también habrá de correr la misma suerte, dado su carácter de accesorio, pues, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, no pueda deducirse en forma independiente, salvo en el caso indicado en el artículo 1610 del mismo Código"* [Ver, Indemnización de Perjuicios, Tomo II, pág. 963, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1988]. La H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, ha dejado sentado lo siguiente: *"...La acción alternativa que otorga a los contratantes el artículo 1546 del C. Civil, [lo que es válido para la legislación comercial, artículo 870, comentario del Tribunal], para el cumplimiento del contrato o para su resolución, es acción principal, a la cual está subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; pues si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios. (...)"*. [Ver, Casaciones de 30 de abril de 1920, XXXIII, 325; 17 de marzo de 1931, XXXVIII, 564, y 14 de agosto de 1951, LXX, 61].

Por consiguiente, para poder que prospere y sea reconocido el derecho a pedir perjuicios por incumplimiento, se requiere que ante el *incumplimiento*, la parte cumplida haya ejercido la acción principal de cumplimiento o de resolución del contrato (por incumplimiento) y que el resultado procesal de una u otra haya prosperado, además de que quien alega perjuicios está obligado a probarlos, esto es, que la infracción del contrato origine perjuicios a quien los solicita, y se demuestren.

Para sacar las conclusiones pertinentes sobre la pretensión CUARTA PRINCIPAL, los árbitros hacen las siguientes precisiones:

a). La demanda corregida e integrada, que es la que fija el litigio (*thema decidendum* y *petitum*), no versó estrictamente y en rigor sobre el *INCUMPLIMIENTO* del contrato, aunque, en varios de los hechos de la misma y en la contestación a ella, se hicieron mutuas acusaciones del comportamiento las partes en el contrato, sino que se hizo depender la indemnización de perjuicios de pretensiones como la declaración de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez e ilegalidad de apartados específicos de la Cláusula 55 del contrato, y cuando el contrato aludido ya había terminado por mutuo acuerdo;

b). Pese a la existencia de sensibles acusaciones recíprocas de incumplimiento del aludido contrato, según se deduce de la Demanda y de su Contestación, y de las excepciones de mérito propuestas, las partes decidieron y, en efecto, terminaron el mencionado contrato por MUTUO ACUERDO, declinando así sus reclamos jurídico-económicos que existían antes de ese momento [Ver, Acta de terminación, folios 107 a 114, Cdno 1.1], y sin alegar en ese momento liquidatorio pretensiones de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez e ilegalidad de ninguna cláusula en particular;

LAUDO ARBITRAL

c). Como quiera que el contrato terminó por resciliación, y no se probó ninguna de las acciones incluidas en las pretensiones de la demanda, como la nulidad absoluta, la invalidez, la ineficacia y la ilegalidad, el negocio jurídico viene a quedar liquidado entre las partes, como del propio modo ya lo había previsto el numeral 5) del Acta de terminación y liquidación, máxime si se considera que la pretensión encaminada a obtener la condena por perjuicios es consecuencial de la prosperidad de las acciones antes indicadas;

d). Por las razones expuestas ampliamente en el laudo, las PRETENSION SEGUNDA PRINCIPAL (nulidad absoluta de los apartes de la cláusula 55 del contrato), y las PRETENSIONES PRIMERA SUBSIDIARIA de la SEGUNDA PRINCIPAL (ineficacia, invalidez o ilegalidad), sobre los mismos apartados, no tienen sustento jurídico, por lo que de su negación o rechazo se colige que no puede nacer de ellas la acción indemnizatoria de perjuicios que ha buscado la parte demandante [Ver, CAPÍTULOS QUINTO y SEXTO de la PARTE CONSIDERATIVA de esta providencia], sencillamente, porque con la terminación y liquidación *convencionales* del contrato, el efecto de la convención extintiva echó por tierra toda posibilidad posterior de reclamar perjuicios, por las razones expuestas antes en el laudo. No se colige que por las causas de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez o ilegalidad no probadas, pueda deducirse incumplimiento y derecho a perjuicios. La mera liberalidad o voluntad de terminar el contrato, prescindiendo de imputaciones y reclamaciones de incumplimiento, por parte de los consorciados-convocantes al proceso, es razón suficiente para entender que tanto la terminación y la liquidación del mismo fue obra exclusivamente suya, consentida y aceptada, y que hizo desaparecer para siempre el contrato en el universo jurídico, y enervó cualquier aspiración posterior a reclamar causas o motivos diferentes atinentes a dichas operaciones (artículo 1.524 C.C.).

4). El ejercicio autónomo de la acción indemnizatoria de perjuicios:

La idea de ejercer *autónomamente* la acción indemnizatoria de perjuicios, exige pronunciamiento de los árbitros. A su ejercicio tiene derecho el contratante cumplido contra el incumplido, en forma adicional a la exigencia de la obligación principal, o a su resolución, a su conveniencia (Arts. 1546 y 870 C. Co.). Se exonera de ella el contratante que no cumple cuando media alguna causal de exención de la responsabilidad. Tal responsabilidad está prevista en la legislación civil, aplicable por remisión a la comercial (art. 822), y se soporta en los preceptos del Libro Cuarto, artículos 1613 a 1616.

Esta acción de resarcimiento permite la reparación del daño consustancial (el derivado de la prestación), de lo que resulta que el perjuicio es *consecuencial* al incumplimiento, de modo que para los Árbitros la acción indemnizatoria de perjuicios contractuales no tiene *autonomía o independencia plena y absoluta* con respecto a la resolución o al cumplimiento forzado del contrato, lo que impide que se pueda ejercer autónomamente, y con prescindencia de una de aquellas acciones principales. Ello es así, porque de reconocer a la acción de responsabilidad contractual carácter de "*autonomía*" habría que pasar por encima de los dos requerimientos fundamentales que provienen de su naturaleza jurídica, y que se concretan en que la parte cumplida del contrato se valga de las acciones de cumplimiento o de resolución de la prestación incumplida, con el fin de reclamar el pago por equivalencia. Suponer lo contrario conduciría a dejar sin piso la doctrina que inspira a los artículos 1546 C.C., y 870 del C. Co., y al mismo tiempo abandonar el criterio jurisprudencial y doctrinario que da el derecho al incumplido para enervar la acción resolutoria durante el curso del proceso mediante el cumplimiento o pago de lo pactado.

La concepción de la acción indemnizatoria contractual no puede ser distinta porque las acciones principales que tiene el contratante cumplido (cumplimiento o resolución), están dirigidas al cumplimiento de la obligación incumplida, porque lo lógico es la supervivencia del contrato (*pacta sunt servanda*), en razón del carácter obligatorio que tienen éstos, según el artículo 1602 del Código Civil [aplicable a lo comercial, por el artículo 822].

Si en gracia de discusión se quisiese aceptar la "*autonomía*" de la acción indemnizatoria, respecto de los contratos con obligaciones de "hacer" quedaría limitada o restringida la reparación del perjuicio al caso en que el contratante cumplido desistiera de su derecho al cumplimiento de la prestación en naturaleza, para reclamar sólo perjuicios, pero, nada más, y eso mientras el

LAUDO ARBITRAL

contrato estuviera VIGENTE, y no se hubiera TERMINADO por ninguna causal, en particular, el MUTUO acuerdo de los contratantes, como aconteció en la situación presente.

Esta conclusión, que surge de la sola razón lógica, hace "dependiente" la indemnización de perjuicios, dado que al violarse por el contratante incumplido el contrato, la parte cumplida queda obligada a demandar el cumplimiento o la resolución, mas en ningún caso podría desentenderse de estas acciones y exigir de manera autónoma la reparación de perjuicios contractuales. Ese evidente que en presencia de esta situación jurídica, la demandante hizo derivar la indemnización de la formulación de las acciones de nulidad absoluta, invalidez, ineficacia e ilegalidad de los apartes impugnados de la cláusula 55 del contrato 287-2010, como causante del incumplimiento o violación del contrato, y que la propia parte demandante cita en su defensa el artículo 1546 del C.C. (igual al 870 del Código de Comercio).

Los árbitros no reconocieron las pretensiones referidas a la acción indemnizatoria de perjuicios, en atención a que la parte demandante no probó las pretensiones precedentes a está que había formulado en la demanda reformada o integrada, dado que por virtud del principio de la congruencia ello no es posible, ya que las decisiones que se tomen en el laudo tienen que estar en consonancia con el resultado de las mencionadas pretensiones [ver, CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIAS T-773 DE 2008; T-450 DE 2001; T-075 DE 2002 Y T-592 DE 2000, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: SENTENCIA DE CASACIÓN CIVIL DE 6 DE MAYO DE 2009, EXP. 2002-0083-01. CONSEJO DE ESTADO: SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B DE 19 DE AGOSTO DE 2010 (1146-05) SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B DE 30 DE ABRIL DE 2012 (2011-000-60-0042126)].

CAPITULO DECIMO SEGUNDO

PRETENSIONES QUINTA, SEXTA Y SÉPTIMA PRINCIPALES: CONDENA AL PAGO DE DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, Y DE LA ACTUALIZACION DE TALES CONCEPTOS, CONFORME FUERON PLANTEADAS EN LA DEMANDA

Como quiera que, a juicio de los árbitros, la PRETENSION CUARTA PRINCIPAL, referida a la solicitud de condena al pago de perjuicios a la sociedad convocada, no está llamada a prosperar, en el mismo orden y siendo de la misma naturaleza, pues, se trata de descomponer la reparación en los conceptos materiales que la integran, debe ser negada la prosperidad de las PRETENSIONES QUINTA (5ª), SEXTA (6ª) y SEPTIMA (7ª), por las razones anotadas antes en el presente laudo. Adicionalmente, en criterio de los árbitros, estas Pretensiones no hubieran podido prosperar, aunque, la convocante hubiera ejercido de modo autónomo la acción de reparación, porque desde que las partes terminaron de mutuo acuerdo el contrato y lo liquidaron, desaparece toda causa de perjuicios contractuales, y de subsistir ello resultaría ilógico.

CAPITULO DECIMO TERCERO

PRETENSION OCTAVA PRINCIPAL: DECLARACION DE LIQUIDACION DEL CONTRATO 287-2010, CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA

La parte convocante solicita en la PRETENSION OCTAVA PRINCIPAL que se declare liquidado el contrato mencionado, como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones que anteriormente hizo, que iban desde la declaración de la existencia de aquél; la nulidad absoluta,

LAUDO ARBITRAL

Ineficacia, invalidez o ilegalidad de los apartados demandados de la Cláusula 55 del mismo, y de su aspiración procesal a que se reconociera el derecho a la indemnización de perjuicios (daño emergente y lucro cesante) y su actualización monetaria. Los árbitros, antes de sacar las conclusiones pertinentes sobre la pretensión octava (8ª) principal, expresan que en el CAPÍTULO I, CUARTA PARTE CONSIDERATIVA del presente laudo, concretamente, al referirse al alcance de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL, se ocupó ampliamente del estudio de la terminación del contrato, por mutuo acuerdo de las partes, y las consecuencias que, a su criterio, ello tiene respecto a la liquidación del contrato.

En tal virtud los árbitros han definido que el mencionado contrato se encuentra LIQUIDADO, por las razones expuestas en el laudo, y no como efecto final de la prosperidad que esperaba la parte convocante sobre sus pretensiones en el proceso, y que no se altera el numeral QUINTO del acta de terminación y liquidación, que daba por sentado ese hecho. A juicio de los árbitros, el contrato celebrado entre las sociedades integrantes del Consorcio ACUAVALLE 2010 y la convocada, No. 287-2010, del 26 de noviembre de 2010, quedó liquidado completamente al elaborarse y firmar las partes contratantes el Acta de Terminación de Mutuo Acuerdo y Liquidación, de fecha 13 de diciembre de 2011, tal como se dijo en ella, y así deberá ser expresado en la parte resolutive del laudo, porque las partes no pueden variar los efectos extintivos predicados.

CAPITULO DECIMO CUARTO

**PRETENSION NOVENA PRINCIPAL:
CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO A LA CONVOCADA,
CONFORME FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA**

En tal estado de cosas, no habiendo quedado probada las pretensiones aludidas de la demanda (nulidad absoluta, invalidez, ineficacia e ilegalidad), los árbitros no pueden acceder a la solicitud de imponer condena en costas y agencias en derecho a la parte convocada.

CAPITULO DECIMO QUINTO

**DECISION SOBRE LAS EXCEPCIONES DE MERITO
PROPUESTAS POR LA CONVOCADA**

A continuación procede al Tribunal a hacer un pronunciamiento de las excepciones de mérito propuestas por la parte demanda en la contestación de la demanda, en particular, en el orden lógico y material en que ellas guardan relación con la ordenación y numeración de las pretensiones de la demanda, y que en criterio de los árbitros tienen incidencia directa frente a los pedidos principales y subsidiarios del libelo introductorio, corregido y unificado, así:

**A). EXCEPCION DERIVADA DE LA INEXISTENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA
(No. 9.5), formulada contra la Pretensión SEGUNDA Principal:**

El Tribunal encontró que la formulación de la pretensión de NULIDAD ABSOLUTA de los apartes demandados de la Cláusula 55 del contrato 287-2010, carecía de fundamento por las razones de derecho expuestas de los CAPITULOS CUARTO (4ª) y QUINTO (5ª) de la parte CONSIDERATIVA del presente laudo, todo lo cual dicho en tales capítulos se entiende incorporado y aplicado a lo

LAUDO ARBITRAL

concerniente a la excepción formulada. Por estar razones el Tribunal considera que la aludida excepción de mérito prospera.

B). EXCEPCION DERIVADA DE LA INVALIDEZ, INEFICACIA O ILEGALIDAD
(No. 9.7), formulada contra la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE
LA SEGUNDA PRINCIPAL:

La pretensión indicada y la excepción que ocupa al Tribunal se refieren con exclusividad a los apartes impugnados procesalmente y que pertenecen a la cláusula 55 del contrato. Lo referente a estas peticiones subsidiarias fue materia de definición por el Tribunal en el CAPITULO SEXTO (6º) de este laudo, de modo que tales reflexiones jurídicas se retoman y se incorporan a la definición de la excepción planteada, con los efectos negativos que tal estudio tiene para la pretensión primera subsidiaria de la segunda principal. Por lo aquí expuesto el Tribunal estimada que la excepción contra la invalidez, ineficacia o ilegalidad de los apartados de la cláusula 55 del contrato, alegados en la demanda, prospera.

C). EXCEPCION DERIVADA DEL ACTO VOLUNTARIO DE LAS PARTES PARA
DEJAR SIN EFECTO EL CONTRATO (No. 9.9);
EXCEPCION DERIVADA DE LA RESCILIACION DEL CONTRATO (9.18);
EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO (9.15); y
EXCEPCION DERIVADA DE LA INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS
ATRIBUIDAS A ACUAVALLE S.A., E.S.P., PARA DAR POR TERMINADO
EL CONTRATO Y EXISTENCIA DE AQUELLAS QUE SE ATRIBUYEN AL
CONVOCANTE (No. 9.22):

Conforme al análisis hecho por el Tribunal en este laudo se encuentra establecido que el contrato 287-2010, en referencia, terminó por la declaración de la voluntad de ambas partes, en razón de lo cual lo dejaron sin efecto (Excepción 9.9), y del propio modo se encuentra plenamente probado que la causal jurídica de extinción del citado contrato fue el mutuo disenso (o convención extintiva o liberatoria), con los efectos de orden legal que el Tribunal determinó con respecto a su liquidación definitiva (Excepción 9.18), que, conforme a su criterio, conlleva que la terminación por mutuo acuerdo del contrato no entraña una liquidación parcial del mismo, sino completa y definitiva, dado que los efectos de la resciliación, por disposición legal, que prima sobre la voluntad o el decir en contrario de las partes, deja la situación en la época anterior a cualquier existencia de relación jurídica entre partes, (Excepción 9.15). En atención a las tres manifestaciones que anteceden en este acápite, que fueron desarrolladas con amplitud y fundamento antes en el laudo, el Tribunal estima que no habiendo prosperado ninguna de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda corregida y unificada, no se configuran circunstancias atribuibles a las partes para que cualquiera de ellas deduzca motivos de incumplimiento contra la parte contraria (Excepción 9.22). Por dichas razones el Tribunal considera que las excepciones planteadas aquí por la convocada prosperan.

D). EXCEPCION DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA, DAÑO EMERGENTE Y
LUCRO CESANTE, A CARGO DE LA CONVOCADA (Nos. 9.12 y 9.13); y
EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE LA ACTUALIZACION DEL DINERO
QUE LA CONVOCANTE ALEGA LE DEBE LA CONVOCADA (No. 9.14):

Estas van dirigidas a la impugnación por el medio especial de defensa de las excepciones contra las pretensiones CUARTA PRINCIPAL (derecho a la indemnización por terminación anticipada); QUINTA PRINCIPAL (condena al daño emergente); SEXTA PRINCIPAL (condena al lucro cesante); y SEPTIMA PRINCIPAL (actualización de las condenas). Lo concerniente a las aludidas PRETENSIONES fue estudiado por el Tribunal con amplitud y detenimiento, llegando ponderadamente a las conclusiones que sobre el particular están contenidas en el CAPITULO DIEZ del laudo, sobre la improcedencia de la solicitud de condena a la indemnización de perjuicios, por las razones jurídicas expuestas en dicho apartado, y en el CAPITULO ONCE del mismo, por los argumentos jurídicos ahí condensados, dado que las peticiones de las Pretensiones 6ª y 7ª de la demanda, son

LAUDO ARBITRAL

consecuenciales o derivativas de la cuarta (4ª) principal, de modo que no habiendo sido reconocida esta última, las dos consecuenciales siguen la misma suerte jurídica. Por lo expresado en los apartados citados del laudo, el Tribunal acoge las excepciones mencionadas en el presente literal.

E). EXCEPCION DE COSA JUZGADA, (9.1); y
EXCEPCION DE TRANSACCION (9.2):

Para la presente causa procesal, el Tribunal dejó sentadas dos conclusiones que, a su criterio, son fundamentales: La primera, la terminación anticipada del contrato 287-2010 por MUTUO ACUERDO de las partes, lo cual es incontrovertible, y la segunda, que la terminación del mencionado contrato por RESCILIACION (convención extintiva o liberatoria) trae como consecuencia jurídica que los efectos extintivos se trasladan a la época anterior a aquél momento en que las partes contratantes lo dieron por celebrado. Siendo que la terminación del contrato opera retroactivamente al instante en que los contratantes no tenían la calidad de partes, porque entre sí no existía ninguna relación jurídica, la liquidación que ambas partes hicieron del mismo no podía tener efectos parciales sino totales, plenos, definitivos, como quiera que la consecuencia jurídica resciliatoria consiste en que el contrato desaparece del universo del derecho, como si jamás hubiese existido. Por tanto, no puede hablarse de liquidación *parcial* sino que ella es plena y definitiva. Los efectos de dicha causal extintiva son señalados por la ley, como quedó expuesto en el laudo, y no pueden alterarse o modificarse al capricho o al interés predominante de ambas o una de las partes contratantes. Nadie obligó a las partes a terminar anticipadamente el contrato por MUTUO ACUERDO. Antes bien, teniendo ellas, recíprocamente, conflictos derivados del cumplimiento del aludido contrato, tuvieron libertad plena de haber discutido ante la justicia tales controversias, y que hubiera obrado de esa manera otra forma extintiva, pero, no lo hicieron, declinaron sus posiciones encontradas, y pese a su presencia y a cambio de dicha discusión, armónicamente concertaron la terminación del contrato. Ellas, libre y espontáneamente declararon su voluntad jurídica en tal sentido, y si de mutuo acuerdo acogieron la RESCILIACION no tenían derecho a morigerar, variar o atemperar a sus conveniencias particulares los efectos jurídicos extintivos de la causal que ellas mismas convinieron. Los efectos los establece e impone la ley, como también ya quedó dicho. De ello se concluye que cuando en el acto de liquidación del contrato, las partes hicieron reserva de algunas materias para discutir por vía arbitral, incurrieron, a juicio del Tribunal, en un error jurídico ostensible, abiertamente contrario a derecho, carente por completo de validez, frente a los efectos que la LEY asigna a la RESCILIACION (o convención extintiva), como también ya se expuso. Desafortunadamente para las partes contratantes es incuestionable que la LEY se presume pública y conocida por todos, y que esa presunción es de DERECHO (artículo 1509 C.C.), de modo que si por el acuerdo fueron variados por las partes los efectos legales de la RESCILIACION, hora por desconocimiento de la norma (artículos 1625 y 1747 C.C., aplicable a la legislación mercantil por el artículo 822 del C.Co.), o por indebida interpretación, o incorrecta aplicación, o por insuficiente análisis de los efectos sobrevinientes, tal situación no tiene causa distinta a la propia actuación equivocada de los contratantes. En concepto del Tribunal, siendo ello así, qué reclama ahora una parte a la otra?, y cuál es el fundamento jurídico de su reclamación? No siendo jurídicamente posible alterar los efectos resciliatorios señalados por la ley debe concluirse que la liquidación hecha fue definitiva, única, y ahora mal pueden formularse reclamaciones respecto de un contrato que *ya no existe*, y que dejó de tener vigencia por el acto resciliatorio, libre y espontáneo de los propios contratantes, y cuyas consecuencias son sólo predicables y atribuibles a su comportamiento. Con base en estas consideraciones, que ya han quedado expuestas ampliamente en el laudo, debe entenderse, y así lo entiende el Tribunal, que el carácter de cosa juzgada y de transacción que las partes le dieron al acto liquidatorio (Acta de Terminación y Liquidación. Folio 107 a 114) tiene firmeza plena, completa y definitiva entre los contratantes. Motivos por los cuales prosperan las excepciones del presente literal.

F). EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR PARTE DE LA
CONVOCADA DE PAGAR A LA CONVOCANTE COSTAS Y AGENCIAS
EN DERECHO (No. 9.16):

LAUDO ARBITRAL

En atención a la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, tal como lo ha dejado analizado el Tribunal, la excepción que nos ocupa está llamada a prosperar.

El Tribunal deja definido que las EXCEPCIONES propuestas y que han sido reconocidas son las que, en su criterio, *prima facie*, guardan relación directa, conexidad y congruencia, con relación a la petición que encierra cada una de las PRETENSIONES de la demanda, y que si el resto de las excepciones formuladas no ha sido motivo de estudio individual y particular se debe a que ellas, las no examinadas, sólo deberían ser estudiadas en el caso concreto en que las pretensiones hubieran prosperado en el laudo, como ocurre, por ejemplo, con (la petición de la convocante de estar solicitando más dineros de lo previsto en la cláusula 55 del contrato (9.11); las circunstancias que afectan la legalidad del contrato (9.21); la compensación (9.24), éstas a simple vía enunciativa, no siendo, pues, del caso ocuparse de ellas.

CAPITULO DECIMO SEXTO

**PRONUNCIAMIENTO DE LOS ARBITROS
SOBRE LA EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN RENDIDO
POR EL DOCTOR JULIO ERNESTO VILLAREAL NAVARRO,
EL CUAL FUE OBJETADO POR ERROR GRAVE**

La prueba pericial mencionada reúne los requisitos y condiciones de *existencia y validez* que la ley, la jurisprudencia y la doctrina exigen. Sin embargo, no puede dársele *eficacia probatoria* porque las pretensiones de la demanda reformada o integrada, que sirven de fundamento a la definición de los perjuicios solicitados, fueron definidas negativamente, y las formuladas en la alegación de conclusión de la actora, y las oficiosamente estudiadas, han sido despachadas en contra de la demandante.

CAPITULO DECIMO SEPTIMO

**DICTAMEN PERICIAL PRESENTADO EN LA CONTESTACION A
LA DEMANDA, RENDIDO POR EL DR GABRIEL MAURICIO CABRERA
GALVIS**

En relación con el dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda elaborado por Gabriel Mauricio Cabrera Galvis, el apoderado de la parte convocante en escrito presentado el 9 de abril de 2013 mediante el cual descorrió el traslado de las excepciones de mérito, se opuso a que se decretara y valorara como prueba por cuanto el perito "Fue el asesor de Acuavalle en la negociación del Acta de Terminación del Contrato 287 de 2010". El Tribunal en auto No. 13 del 17 de abril de 2013, Acta No. 8, decretó la prueba teniendo en cuenta que se cumplían todos los requisitos establecidos en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010.

En el memorial de la parte convocante se señaló que JULIO VILLARREAL debía indicar si la metodología usada por Mauricio Cabrera incluyó los intereses pagados por los créditos y revisar el lucro cesante. Como tal no se indicó una objeción por error grave, aunque sí se solicitó la revisión de los documentos allegados por Mauricio Cabrera en ciertos aspectos.

CAPITULO DECIMO OCTAVO

LIQUIDACION DE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, A CARGO DE LA PARTE CONVOCANTE, Y A FAVOR DE LA PARTE CONVOCADA

En tal estado de cosas, no habiendo quedado probadas las pretensiones controversiales (nulidad absoluta, invalidez, ineficacia e ilegalidad), las cuales era necesario demostrar para la prosperidad de la acción consecuencial de la indemnización de perjuicios, los árbitros no pueden imponer la condena de reparación a la parte convocada, y antes bien es el caso de decretarlas e imponerlas a la parte convocante. [Ver, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-655/1998].

Los árbitros tienen claro que la parte actora del proceso no ha incurrido en mala fe procesal, como quiera que no ha ostentado un interés dañino y deliberado en él. Con todo, los árbitros consideran que hay lugar a la condena en costas toda vez que las pretensiones principales y subsidiarias encaminadas a obtener una condena en perjuicios, no resultaron probadas, a excepción de la primera pretensión principal que sí fue demostrada, entre otras, por las siguientes consideraciones:

1). De los HECHOS de la demanda no se deduce que estuviera controvirtiendo la existencia de nulidad absoluta, invalidez, ineficacia o ilegalidad;

2). Las PRETENSIONES formuladas en la demanda no indicaron de manera particular y concreta la causal que daría origen a la invalidez de los apartes demandados de la Cláusula 55 del contrato 287-2010;

3). La demanda corregida e integrada no presenta concatenación en concreto entre los hechos de la misma y las pretensiones;

4). Los Árbitros, en razón a lo anterior, hicieron un examen detallado y particularizado de las figuras jurídicas de la nulidad absoluta, la invalidez, la ineficacia y la ilegalidad, para llegar al convencimiento racional y persuasivo que tales fenómenos no se configuraban en el presente caso, frente a los apartes demandados de la Cláusula 55 del contrato 287-2010;

5). La acción indemnizatoria de perjuicios ejercida en el proceso por la actora, quedó enervada por la falta de prosperidad de todas las pretensiones ya indicadas.

Por consiguiente, los Árbitros teniendo en cuenta que la pretensión primera principal fue demostrada, aunque no las restantes pretensiones principales y subsidiarias, hacen la siguiente imposición de costas procesales en forma parcial contra la parte demandante en el proceso, y a favor de la parte demandada:

a). Costas Judiciales:

Al haber prosperado la pretensión primera principal los árbitros estiman que por esa circunstancia no debe efectuarse una condena total en costas (gastos y agencias en derecho), aunque, no hayan prosperado las demás pretensiones principales y subsidiarias, razón por la cual procede a imponerlas con carácter parcial, de conformidad con lo establecido en la Ley (artículo 392 del Código de Procedimiento Civil), condenando a la parte vencida en este proceso.

De acuerdo con el Informe que obra en el expediente, en relación con los pagos efectuados por concepto de honorarios y gastos del proceso, se encuentra lo siguiente:

ACUAVALLE S.A E.S.P canceló la cantidad correspondiente al 50% de honorarios y gastos del Tribunal arbitral, fijados en auto No. 7 del 26 de noviembre de 2012.

LAUDO ARBITRAL

En consecuencia los valores referidos a cargo de la convocante y a favor de la convocada son los siguientes:

a) Por concepto del valor total pagado por la sociedad convocada por honorarios de los Árbitros, de la Secretaría, de los gastos de funcionamiento del Tribunal, y Costos de Administración de la Cámara de Comercio, la suma total y única de \$770.313.729.00, discriminado así:

1.- La cantidad de \$543.985.297,5, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los Árbitros sin IVA.

2.- La cantidad de \$90.664.216.00, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de la Secretaría del Tribunal, sin IVA.

3.- La cantidad de \$90.664.216.00, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los gastos de funcionamiento y Administración al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali, sin IVA.

4.- La cantidad de \$45.000.000.00, por el valor del cincuenta por ciento (50%) de los gastos de protocolización, registro y otros del Tribunal Arbitral.

Siendo que el total de las costas o gastos arroja la suma de \$ 770.313.729,00 y teniendo en cuenta que se probó la pretensión primera principal, los árbitros al liquidarlas parcialmente la determinan en setecientos millones de pesos (\$ 700.000.000,00)

b). **Agencias en Derecho:**

En cuanto al valor correspondiente a las agencias en derecho, se condenará a cubrir, por la parte convocante, como quiera que ha prosperado la pretensión primera principal, la cantidad de SETECIENTOS MILLONES DE PESOS (\$700.000.000,00).

CONCLUSIÓN:

Por concepto de costas y agencias en derecho, la parte convocante, liquidadas parcialmente, deberá pagar solidariamente a la parte convocada la cantidad de UN MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 1.400.000.000,00), discriminados así:

Total condena en costas: \$ 700.000.000,00

Total condena agencias en derecho: \$ 700.000.000,00

En caso de mora en el pago de esta condena los intereses se causaran a la tasa más alta autorizada por la ley sobre la liquidación total de costas y agencias en derecho.

CAPITULO DECIMO NOVENO

EFFECTOS PROCESALES DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

En la Sección Tercera, Título Único (Pruebas), Capítulo IV, artículo 206 del Código General del Proceso, se encuentra consagrado el *juramento estimatorio*, cuya importancia es notoria no sólo en el proceso civil sino también en el arbitral. En la "Exposición de motivos" de dicha norma se concibió como un *deber* de quien demanda solicitando el reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones, mejoras, frutos, etc., obre con sensatez en el momento de la reclamación que hace, cuantificada y bajo juramento prestado en la demanda, discriminada por cada uno de sus componentes, para que sirva como prueba de la cuantía de lo pedido, en la medida que no resulte objetada por la contraparte y sea demostrada la inexactitud con fundamentos razonables. El

LAUDO ARBITRAL

precepto es potencialmente adecuado para cumplir la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones injustas, que se alejan de la probidad y de la buena fe (Ver, Sentencia C-157 de 21 de marzo/2013, H. CORTE CONSTITUCIONAL, Exp. D-9263, M.P. Mauricio González Cuervo, con salvamento de voto del M. María Victoria Calle Corra, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Luis Ernesto Vargas Silva, y Sentencia C-332 de 2013).

El juramento estimatorio, a tenor del artículo 206 C.G.P., se concreta a dos situaciones particulares:

a). Si la estimación económica jurada de cada concepto excede o supera el cincuenta por ciento (50%) de lo demostrado, en lo que atañe a él, el árbitro debe concluir que no hubo lealtad procesal del peticionario, y proceder a aplicar la sanción legal del 10% sobre la parte no reconocida o aceptada; y

b). La condena del artículo 206 C.G.P. se aplica también cuando no prosperan las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios reclamados, pero reducida al 5% sobre el total de las pretensiones desestimadas (Parágrafo de dicho artículo).

En presencia de estas dos situaciones los árbitros extraen las siguientes conclusiones:

En torno a la primera deducen que no es aplicable al caso presente porque la norma parte del supuesto del reconocimiento parcial de la indemnización de perjuicios, lo cual no ocurre.

En lo que respecta a la segunda tampoco es dable su aplicación porque la no acreditación de los perjuicios no se debió a incuria o falta de diligencia de la parte demandante para el reconocimiento, porque hizo el ejercicio procesal necesario para reunir la prueba para que su reconocimiento se produjera, pero su actuación fue fallida al haber sido negadas las pretensiones de cuya prosperidad dependía el reconocimiento, condena y tasación de perjuicios. Así, los árbitros no entraron a evaluar tales pruebas ni se pronuncian sobre la eficacia de los medios probatorios decretados y practicados.

Por estas razones no habrá condena al pago de sanción por causa del juramento estimatorio.

CAPITULO VIGESIMO

EXAMEN DE PROCEDIBILIDAD DEL PROCESO FRENTE A LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACION DEL LAUDO

Estima el Tribunal que antes de proceder a resolver o laudar la situación de hecho debatida, con base en los medios de prueba que se decretaron y practicaron en el proceso, los cuales han sido objeto de valoración y sana crítica, es pertinente dejar establecida la actividad de los árbitros en el trámite del mismo, a efecto de concluir si en alguna etapa del procedimiento surtido, y aun en la expedición de este provido laudatorio, pudo haber incurrido en algún vicio o defecto de los que la ley y la jurisprudencia reconocen como "*in procedendo*", con capacidad para incidir en la eficacia del Laudo que se dicta, y que el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 eleva a la categoría de causales para la formulación del recurso extraordinario de Anulación contra la decisión que se profiera. A este tenor el Tribunal precisa:

- 1) En cuanto se refiere a la *nullidad del pacto arbitral*, hecho constitutivo de la primera causal, se precisa: Aunque la parte convocada alegó en el proceso la incompetencia del Tribunal para conocer y decidir la demanda impetrada por las partes convocantes, por cuanto las Cláusulas Compromisorias aducidas por los actores como fundamento del trámite arbitral, por los motivos ya señalados, según su opinión, el Tribunal se pronunció acerca de su competencia al comienzo de las consideraciones del presente laudo, llegando a la

LAUDO ARBITRAL

conclusión de que el pacto arbitral, bajo la modalidad de Cláusulas Compromisorias referenciada por las partes demandantes, reúne los requisitos legales para su existencia y validez, de lo que dedujo igualmente la capacidad del Tribunal para la tramitación del proceso y el proferimiento del laudo, de manera que, a juicio del Tribunal, no hay mérito para negar la eficacia a la Cláusula Compromisoria empleada para introducir la demanda ante la jurisdicción arbitral [1741 y 1742 C.C.], y, antes bien, llega al resultado de que es competente para la tramitación y decisión por la vía arbitral de los conflictos sustanciales que se adujeron en la solicitud de convocatoria y que se controvertieron en la contestación a la misma.

En el recurso de anulación no se discute ni decide lo concerniente a los asuntos sustantivos ni se censura o castiga la forma como los árbitros han decidido estos asuntos (*in judicando*).

- 2) En lo que concierne a la posibilidad de una *indebida integración del Tribunal*, que configura la causal segunda [664 inc. 1, Num. 3, y 665 inc. 3, C.P.C.], quienes lo integran derivan su designación de las partes que intervienen en el proceso, como fruto de su recíproca y directa voluntad, seleccionados directamente por las partes sin que en etapa alguna del debate procesal hubiera sido esgrimido motivo de inconformidad o reparo por alguna de ellas en lo tocante a la forma de su Integración, impedimento, recusación o inhabilidad de los árbitros;
- 3) Respecto a la causal fundada en *no decretar pruebas pedidas o no practicar las decretadas*, tercera causal de anulación, para el Tribunal resulta claro que, atendiendo a la solicitud de decreto de pruebas de las convocantes y de la convocada, se decretaron y practicaron, en su debida oportunidad y con sujeción a las normas procesales, las pruebas pedidas. Ahora bien, si alguna prueba pedida no hubiese sido hipotéticamente decretada, o alguna decretada no hubiere sido practicada, el defecto habría desaparecido al no insistir oportunamente la parte interesada en ella en su decreto o práctica, y por cuanto adicionalmente la decisión que tomará de fondo el Tribunal en este Laudo, encuentra de todas maneras abundante material probatorio para ser proferido el proveído;
- 4) El Tribunal se encuentra en la *oportunidad* legal de dictar el laudo, como quiera que aún no ha vencido el término de duración del arbitraje, según el recuento del tiempo que antes se hizo constar en él (causal cuarta);
- 5) El *fallo se profiere en derecho*, porque legalmente así debe hacerse en el presente caso, al no haber señalado las partes expresamente que fuera en equidad o técnico (causal quinta), por el carácter de la entidad convocada, y está soportado en razones jurídicas serias y fundadas, amparadas por disposiciones legales, jurisprudenciales y de doctrina;
- 6) El Tribunal tiene la certidumbre que las decisiones que se toman en el laudo guardan *consonancia*, unas con otras, resultando congruentes, de modo que ninguna de ellas hace imposible la actuación simultánea de las restantes, de lo que se colige que no se impide el efecto natural que el fallo debe producir, que es lo que preserva la causal sexta. [Ver, **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Sala Civil, Casación de 6 de marzo de 1969, tomo CXXIX; y **CONSEJO DE ESTADO**, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, y Sentencia de 10 de mayo de 1994, exp. 8004].
- 7) El laudo está, a juicio de los Árbitros, dentro de los límites establecidos en las *pretensiones* de la parte convocante; con la *defensa* ejercida por la convocada, y lo alegado por el Ministerio Público, de modo que no se resuelve fuera de lo pedido ni más allá de lo solicitado, por lo que se estima que no se configura la causal séptima, y, antes bien, se mantiene la *congruencia*, por las razones ampliamente expuestas en el laudo; y

LAUDO ARBITRAL

- 8) El laudo abarca todas las *peticiones* formuladas, de manera que se decide sobre todos los extremos de la *litis* (causal octava), sin dejar puntos pendientes de definición.

PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Decláranse probadas las excepciones de mérito propuestas por la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADO DEL VALLE DEL CAUCA S.A ESP., parte convocada en este proceso, citadas a continuación:

- a). EXCEPCION DERIVADA DE LA INEXISTENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA (No. 9.5), formulada contra la Pretensión SEGUNDA Principal;
- b). EXCEPCION DERIVADA DE LA INVALIDEZ, INEFICACIA O ILEGALIDAD (No. 9.7), formulada contra la PRETENSION PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL;
- c). EXCEPCION DERIVADA DEL ACTO VOLUNTARIO DE LAS PARTES PARA DEJAR SIN EFECTO EL CONTRATO (No. 9.9);
- d). EXCEPCION DERIVADA DE LA RESCILIACION DEL CONTRATO (9.18);
- e). EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO (9.15);
- f). EXCEPCION DERIVADA DE LA INEXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATRIBUIDAS A ACUAVALLE S.A., E.S.P., PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO Y EXISTENCIA DE AQUELLAS QUE SE ATRIBUYEN AL CONVOCANTE (No. 9.22);
- g). EXCEPCION DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA, DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, A CARGO DE LA CONVOCADA (Nos. 9.12 y 9.13);
- h). EXCEPCION DE IMPROCEDENCIA DE LA ACTUALIZACION DEL DINERO QUE LA CONVOCANTE ALEGA LE DEBE LA CONVOCADA (No. 9.14);
- i). EXCEPCION DE COSA JUZGADA, (9.1);
- j). EXCEPCION DE TRANSACCION (9.2); y
- k). EXCEPCION DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR PARTE DE LA CONVOCADA DE PAGAR A LA CONVOCANTE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO (No. 9.16).

SEGUNDO: Declárase probada la pretensión PRIMERA PRINCIPAL, en cuanto que existió y fue terminado de mutuo acuerdo el contrato No. 287 de 2010 celebrado entre el Consorcio Acuavalle-2010 y la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P, determinado en el proceso y en el presente laudo.

TERCERO: Deniérganse las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en la demanda reformada e integrada, identificadas como SEGUNDA PRINCIPAL, PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL, SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL, TERCERA PRINCIPAL, CUARTA PRINCIPAL, QUINTA PRINCIPAL, SEXTA PRINCIPAL, SEPTIMA PRINCIPAL Y NOVENA PRINCIPAL, con fundamento en las consideraciones efectuadas en este laudo respecto de cada una de ellas.

CUARTO: Declárase que el contrato No. 287 de 2010 celebrado entre el Consorcio Acuavalle- 2010 y la SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P., está liquidado por el mutuo acuerdo de las partes y por la finalización que ellas hicieron del trámite liquidatorio, y no por las razones en que se fundó la pretensión OCTAVA PRINCIPAL.

QUINTO: Condénase a pagar solidariamente por concepto de costas parciales y agencias en derecho a la parte convocante, integrada por las sociedades VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON), INGENIERIA Y VIAS SAS y BOGOTANA DE ASFALTOS S.A., a tenor de lo dispuesto en el artículo 392 del CPC, y de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de este laudo, por

LAUDO ARBITRAL

haber sido negadas todas las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda reformada e integrada, salvada hecha de la pretensión primera principal, que ha sido aceptada, a favor de la parte convocada SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A E.S.P la cantidad de UN MIL CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$ 1.400.000.000,00), discriminada así:

Total de costas a cargo de la convocante: La cantidad de setecientos millones de pesos (\$700.000.000,00).

Total de agencias en derecho a cargo de la parte convocante: setecientos millones de pesos (\$700.000.000,00).

En caso de mora en el pago de la presente condena se causarán intereses moratorios en la tasa más alta autorizada por la Ley.

SEXTO: Ordénase pagar a los árbitros y al secretario el saldo de sus honorarios, causado en virtud del laudo.

SEPTIMO: Ordénase la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Cali, después de resuelto el recurso de anulación, si fuere interpuesto.

OCTAVO: Protocolizado este expediente, el Presidente del Tribunal hará la liquidación final de los gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, mediante cuenta razonada, devolverá a las partes el remanente, si lo hubiere.

NOVENO: Ordénase la entrega de copia auténtica del laudo con nota de que ésta presta mérito ejecutivo, con destino a la parte convocada del presente proceso SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A ESP.

DECIMO: Entréguese copia de este mismo laudo a la parte convocante CONSORCIO ACUAVALLE 2010 integrado por las sociedades VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON), INGENIERIA Y VIAS SAS y BOGOTANA DE ASFALTOS S.A., y otra del mismo tenor al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, al Agente del Ministerio Público, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Presidente,


JOSE RICARDO CAICEDO PEÑA

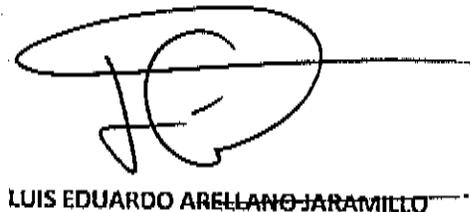
Los árbitros,


RODRIGO BECERRA TORO


MARTHA CEDIEL DE PEÑA

Con Salvamento de Voto

El Secretario,


LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO

SALVAMENTO DE VOTO DEL ARBITRO MARTHA CEDIEL DE PEÑA.

Con todo mi respeto por los dos árbitros que adoptaron la decisión en el presente caso expongo a continuación las razones que me llevaron a disentir de la decisión que en Audiencia del 14 de febrero de 2014 se adopta respecto de las controversias surgidas entre EL CONSORCIO ACUAVALLE (Convocante) y LA SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS DEL VALLE DEL CAUCA S.A. E.S.P. ACUAVALLE (Convocada), con ocasión de la terminación y liquidación del contrato No 287 de 2010.

No comparto la decisión por las siguientes razones:

A. Razones del salvamento vinculadas a la valoración de las pruebas relativas a la validez del Contrato.

Las consideraciones que se consignan en el Laudo respecto de la validez del Contrato parten de negar a algunas de las pruebas documentales que obran en el expediente el valor que la Convocada les reconoció al momento de acordar los términos de la Terminación y que por su parte, la Convocante trae a su alegato para, con base en lo respondido por el Gerente de INGEVIAS en su declaración, evidenciar respecto de tales documentos que el Consorcio, pudo conocerlos solamente cuando había presentado su oferta, asunto que por su importancia y básicamente por existir Pretensiones de nulidad, considero que ameritaban un análisis de la conducta contractual desplegada por la Convocada.

Se trata de pruebas que en su mayoría, fueron decretadas de oficio por considerarlas relevantes para la decisión y que evidencian que el Contrato se celebró sin el cumplimiento de las exigencias precontractuales inherentes a la debida estructuración del Proyecto que ineludiblemente forman parte de la planeación del mismo y como consecuencia de ello implicaban para la Convocada, por virtud del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 y lo dispuesto en el Manual de Contratación, someterse a lo que éste dispone: *"Deberá analizarse detenidamente su conveniencia (...) deberán determinarse claramente los proyectos y términos de referencia que permitan determinar claramente el objeto a contratar, buscando la adecuada utilización de los recursos (...)"*,

En relación con esa discrepancia respecto de la valoración de las pruebas que se analizan para declarar la validez del Contrato, debo agregar que igualmente me aparto de la forma en que se avoca el análisis de legalidad en la medida en que de su lectura se deduce que se pone en duda el deber de verificación de la validez del Contrato por el juez, a partir de la siguiente consideración: *"Sin embargo, como pudiera pensarse"* que los árbitros tenían el deber de estudiar y declarar de oficio la existencia de una NULIDAD ABSOLUTA, según el artículo 1742 C.C., no pueden llegar a declararla porque *no aparece de manifiesto, de bulto u ostensiblemente en el proceso*", cuando justamente las falencias relativas a la estructuración económica del Proyecto, que conculcan los deberes que emergen de la aplicación del Principio de Planeación, es una de las materias que mereció de la Convocada una atención especial, al punto que, como ya lo indiqué, constituye uno de los motivos que invoca para la terminación, a lo cual debe agregarse que el experto contratado por ACUAVALLE para apoyar la terminación, declaró sobre los análisis efectuados e indicó que el Contrato podía llevar a la quiebra a la empresa.

En mi concepto, lo que acabo de señalar comportaba para el Tribunal ese deber que no obstante el reparo, evidentemente se asume por los dos restantes árbitros, pero otorgando a las pruebas un valor inferior al que en este preciso caso ameritaban. En efecto, a todo lo largo del proceso se hace referencia a la Deficiente Estructuración que hace parte de la actuación precontractual que es determinante para una celebración legal del negocio, aunque esté sometido a Derecho Privado, así como, a la intervención del Ministerio Público y otras autoridades que llamaron la atención sobre tal circunstancia, porque evidentemente el Manual de Contratación constituye un instrumento de reglas que la Convocada no podía pasar por alto, por razón de quien la expide y por tratarse de disposiciones que se expiden por obligación legal.

En síntesis, del análisis probatorio emerge sin dificultad que la Convocada durante la actuación precontractual hizo caso omiso del Principio de Planeación en la medida en que no consideró que estaba obligada a la "utilización adecuada de los recursos de la empresa, y ello debía conducir a la anulación absoluta del Contrato y a adoptar las decisiones consecuenciales de la misma.

En relación con este primer punto, en síntesis, considero que el Tribunal minimizó el valor de las pruebas que evidencian "de bulto" el desconocimiento del Principio de Planeación por la Convocada, sometida al mismo por virtud de la ley y de su Manual de Contratación.

Aunque más adelante se enlistaran las pruebas que en mi concepto han debido considerarse, por corresponder varias a Intervenciones del Ministerio Público que además, en su mayoría fueron allegadas al expediente por orden del Tribunal, considero necesario destacar que en el laudo se indica:

"Pese a que la parte demandante, en su escrito de alegaciones, transcribe apartes de la comunicación de la Procuraduría, de fecha 9 de noviembre/2010, y hace lo mismo con la declaración de una testigo, los árbitros se detienen para hacer dos anotaciones pertinentes: El señor Procurador General de la Nación en el documento indicado, en ninguna parte manifiesta o expresa que esté configurada la existencia de la nulidad absoluta alegada, ni la ineficacia, invalidez o ilegalidad, sino que realiza una serie de observaciones a la estructuración económica y financiera del contrato y a los compromisos adquiridos a futuro. Lo mismo se infiere de lo manifestado por la Superintendencia de Servicios Públicos en su concepto SSPD-OJ-2009-306"...

Como árbitro, que suscribió sin reparos el auto mediante el cual se ordenó de oficio allegar esas pruebas, es imposible compartir esta valoración, en la medida en que al tiempo que se señala que no hay manifestación sobre la invalidez, se reconoce que las observaciones apuntaban a evidenciar las falencias de la estructuración económica y a llamar la atención sobre los compromisos adquiridos a futuro, observaciones que una vez analizadas, indudablemente buscaban que fuera preservado el cumplimiento de ese Principio de Planeación y que deben considerarse en conjunto con la conducta de ACUAVALLE, que no obstante el contenido de ese llamado de atención, no efectuó durante el procedimiento de selección un análisis para corregir o desvirtuar lo allí consignado y, por lo tanto, tampoco lo tuvo en cuenta para la celebración del negocio. No obstante, para motivar el Acta de terminación, si lo consideró relevante. Así las cosas mi disidencia surge de la valoración que la mayoría efectúa de esos llamados de atención que de haber sido atendidos oportunamente, hubieran evitado el desgaste de recursos y de administración en los que incurrió la Convocada por causa de sus omisiones y que, de contera afectaron a la Convocante que celebró un Contrato que según surge de las Pruebas "no resultaba

conveniente" para ACUAVALLE y que, evidentemente, no alcanzó un mínimo de ejecución.

Las Pruebas que evidencian la violación del Principio de Planeación son las siguientes:

1. Los llamados de atención de la Procuraduría en la etapa precontractual.

Obran en el expediente:

a) El Oficio No. 359069/10, 352160/10, 356293/10, 354362/10, IUS2010232856, dirigido por el Procurador General de la Nación al gerente de Acuavalle S.A. E.S.P., de fecha 5 de noviembre de 2010 y recibido el 9 de noviembre de 2010. (Folios 127 a 136 del cuaderno 11. Pruebas de oficio) en el que el señor Procurador advirtió sobre las Inconsistencias que se presentaban en ese procedimiento, desde el punto de vista Financiero y Presupuestal señalando que: *"en el análisis de conveniencia y en la solicitud de oferta no se establece como se va a respaldar presupuestalmente la convocatoria."*(pag. 7) Asimismo: i) se refirió a la conveniencia de que se hubiera consultado a la Superintendencia de Servicios Públicos y a otras autoridades sobre la *"viabilidad del novedoso esquema, en la medida que se compromete un componente de la tarifa lo cual podría afectar la sostenibilidad financiera de la empresa y la tarifa del servicio cobrado al usuario"* (pag. 5), ii) cuestionó la cesión del componente medio de inversión de la tarifa y el hecho de que se comprometiera por veinte años, iii) advirtió sobre la falta de análisis y de claridad *"sobre cómo se iban a financiar los planes de inversión futuros, teniendo en cuenta que los recursos del componente medio de inversión se estaban comprometiendo, con el Contrato 287, hasta el año 2023"* y iv) manifestó su preocupación por el elevado costo del proyecto para la entidad contratante, del cual no encontraba justificación. De lo afirmado se destaca lo siguiente:

"2. Viabilidad del esquema

La Superintendencia de Servicios Públicos mediante concepto SSPD-OJ'2009- 306, señaló:

"En cuanto a las Inversiones en expansión, rehabilitación y reposición requeridas en los sistemas, la empresa determinará el plan de inversión a mediano y largo plazo para garantizar la continuidad, la calidad y la contabilidad del servicio. El plan de inversión deberá contar con la factibilidad técnica, económica, financiera y ambiental que garantice minimizar los costos de expansión del servicio.

Ahora bien, los porcentajes de los recursos recaudados por el cobro de la tarifa correspondientes a componentes tales como los costos medios de administración (CMA), Costos Medios de Operación y Mantenimiento (CMO) y Costos Medios de Inversión (CMI), deben tener una destinación específica la cual precisamente es la recuperación de dichos costos, sin que se pueda disponer de ellos libremente mediante operaciones como su titularización o pignoración; igualmente, deberá garantizarse el retorno de capital para los accionistas de la empresa; luego de realizadas dichas operaciones, la empresa podría aún contar con recursos o utilidades de libre disposición, respecto de los cuales la empresa podrá realizar las operaciones referidas". (Subrayo y resalto)

En la solicitud de ofertas en estudio, si bien no se hace referencia a la pignoración de los recursos correspondientes al Componente Medio de Inversión de la tarifa, es claro que esto se cede y queda comprometido por 20 años.

De otra parte, si bien es cierto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico no aprueban los estudios de costos, ya que este debe ser aprobado por la empresa, el ente de control, inspección y vigilancia si tiene dentro de sus funciones realizar control tarifario a los prestadores de acueducto y alcantarillado y por lo tanto, el Ministerio Público considera que se debió solicitar a dichos órganos de control y regulación, concepto respecto de la viabilidad de este novedoso esquema, en la medida que se compromete un componente de la tarifa lo cual podría afectar la sostenibilidad financiera de la empresa y la tarifa del servicio cobrada al usuario."

(...)

"4. Factores que inciden en la ejecución del contrato.

Las tarifas de acueducto y alcantarillado están reguladas por la Comisión De Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, cada cinco (5) años esa entidad revisa las tarifas y elabora una nueva fórmula que las empresas prestadoras deben aplicar.

No obstante , en el presente caso no se evidencia un análisis profundo del impacto económico técnico y jurídico que tendrá sobre el contrato, la aplicación de la nueva metodología tarifaria a expedirse por parte de la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico, así como las demás que eventualmente se establezcan durante los veinte (20) años en los que cederá irrevocablemente el componente de la tarifa del servicio público domiciliario, correspondiente al Costo Medio de Inversión actualmente definido en la Resolución CRA 287 de 2004.

La regulación sobre el cálculo de este costo de prestación del servicio es fundamental en el esquema del negocio, concretamente en el cierre o equilibrio financiero del mismo en la medida este será financiado a través de uno de los hoy componentes del cargo de consumo de la tarifa del servicio (Subrayo)

Otro factor que incide en la correcta ejecución del contrato y del cual tampoco se encuentra mayor desarrollo o estudio, lo constituye el que si bien se cederá el CMI de la tarifa al contratista para financiar y remunerar el objeto contratado, los recursos que por este concepto se facturen generalmente no corresponden a lo efectivamente recaudado y dependerán de la gestión comercial y de recaudo que haga Acuavalle.

Por otra parte, dado que el contrato prevé que las obras ejecutadas por el contratista solo serán incluidas en los activos de la empresa una vez se cancelé el último pago, desconocemos si se ha analizado el impacto que esta súbita y numerosa ampliación de la base de activos sobre la cual se determinan los costos de prestación, pueda tener en la tarifa final que se cobra al usuario. (Subrayo)

Finalmente, para el órgano de control no es claro cómo se van a financiar los planes de inversión del período 2015-2020; 2020-2025, teniendo en cuenta que los recursos del componente medio de inversión están comprometidos. (Subrayo)

(...)

5. Presupuesto.

(...)

En el análisis de conveniencia se consigna un valor estimado del contrato de 165000 millones sin determinar si son valores constantes o valor presente neto.

En la solicitud de ofertas en el numeral 4.3 se establece que el valor de la oferta no podrá exceder el valor de ...(\$165000000000)... . Se observa una inconsistencia entre el acuerdo, el análisis de conveniencia y la solicitud de ofertas.

...
Ahora bien, en el análisis de conveniencia y en la solicitud de oferta no se establece como se va a respaldar presupuestal ante la convocatoria. (Subrayo)

6. Financiero.

En la solicitud de ofertas se introdujeron varias modificaciones a los aspectos financieros de los oferentes...

A este ente de controle llama especialmente la atención que no se justificó a que obedecen las modificaciones realizadas teniendo en cuenta que se trata del mismo plan de inversiones 2010-2015

Ahora bien, teniendo en cuenta que la reducción en el valor del contrato... Del 5,7% resultan demasiadas altas y desproporcionadas las reducciones en los requisitos financieros de los oferentes.

Preocupa al Ministerio Público, la consecuencia de estas reducciones, pues se exige una mayor capacidad financiera al contratista seleccionado, lo cual significa un mayor riesgo para la ejecución de las obras pues los recursos que tiene que demostrar representan una proporción mucho menor del valor total.

...
La reducción del monto de recursos exigidos al oferente para demostrar el cierre financiero es del 21% del valor del contrato, suma que se considera insuficiente para garantizar que el contratista va a contar con todos los recursos necesarios para la completa ejecución de las obras.

El modelo de financiación utilizado.... Determina que el costo financiero de este esquema está definido en la forma como el contratista calcula el valor presente de los ingresos futuros que va a recibir de Acuavalle, la cual se establece en la convocatoria....

...
De acuerdo con esta fórmula las obras que se van a realizar tendrían un costo de \$1800000 millones (a precios de hoy), pero Acuavalle deberá pagar al contratista entre \$333.500 y \$420.000 millones, según lo estimado por la Banca de Inversión que hizo la estructuración del modelo, costó elevado del cual no se encuentra justificación.

(...)

Con fundamento en lo expresado comedidamente sugiero revocar el acto de apertura de la solicitud de oferta no. 027 de 2010. (Subrayo) "

b) El Oficio No. 359069/10, 352160/10, 356293/10, 354362/10, IUS 2010-232856 remitido por la Procuradora Delegada, Dra. María Eugenia Carreño (Procuradora Delegada) al Gerente de Acuavalle S.A E.S.P. de fecha 16 de noviembre de 2010 y recibido el 17 de noviembre de 2010. (Folios 137 a 138 Cuaderno No. 11 Pruebas de oficio)

En este oficio la Procuradora delegada recomendó a Acuavalle S.A, a raíz de lo indicado por el Procurador en el oficio del 5/11/2010 suspender "la audiencia del proceso, hasta tanto se absuelvan las inquietudes planteadas por este órgano de control.

c) El Oficio No. 359069, 352160/10, 356293/10, 354362/10, IUS 2010-232856 remitido por la Procuradora delegada, Dra. María Eugenia Carreño, al gerente de Acuavalle S.A E.S.P., de fecha 16 de noviembre de 2010, y enviado el 19 de noviembre de 2010 (Folio 139 Cuaderno No 11- Pruebas de Oficio)

En este oficio la Procuradora delegada *"reitera la sugerencia de revocar el acto de apertura de la Solicitud de Oferta No 027 de 2010...por las razones expuestas en el Oficio del 5 de noviembre de los corrientes"*.

d) El Oficio No. 359069/10, 352160/10356293/10,354362/10IUS.2010-232856, dirigido por la Procuradora Delegada, Dra. María Eugenia Carreño, al gerente de Acuavalle de fecha 17 de noviembre de 2010, recibido el 22 de noviembre de 2010 (Folios 140-143 del Cuaderno No 11 Pruebas de Oficio) en el cual recomendó a la administración cumplir con el cronograma previsto en la Adenda y proceder a la publicación de las respuestas a las observaciones de la evaluación. Así mismo informó que recibió copia del oficio No 5000-E2-138585 del Viceministro de Agua y Saneamiento dirigido a la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico en el que expresa su preocupación por las implicaciones futuras en la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado, si se adjudica este contrato. A partir de lo anterior la Procuradora señaló que: "insiste en la recomendación del señor Procurador General de la Nación de revocar el acto de apertura de solicitud de oferta No. 027. No obstante lo anterior, si continua con el proceso se exhorta a Acuavalle E.S.P. S.A. para que suspenda la audiencia... convocada ... hasta tanto se absuelvan todas las inquietudes planteadas por este órgano de control".

Todo lo anterior evidencia que las recomendaciones de este Organismo parten de un análisis directo de la actuación adelantada por la Convocada en la etapa precontractual y de conceptos o valoraciones de entidades encargadas de diversas funciones en relación con el servicio público que presta la Convocada a lo cual se agrega que el organismo destaca que no obstante esos llamados de atención ACUAVALLE se abstuvo de revisar todos esos estudios previos.

Enfatizo en la discrepancia respecto de esta valoración, porque recalco que algunas de estas pruebas fueron solicitadas por Acuavalle E.S.P. S.A y otras fueron ordenadas de oficio por el Tribunal, que por supuesto tenía claro que el organismo de control no tiene funciones de policía judicial, ni de juzgamiento y que lo que allí se encontraría serían justamente unas recomendaciones que son relevantes sin duda, porque están fundamentadas y parten de un análisis de la actuación surtida por ACUAVALLE.

2. Acta de terminación suscrita el 13 de diciembre de 2011.

Consta en el acta de terminación que una de las motivaciones que tuvo Acuavalle S. A. E.S.P. para dar por terminado el Contrato fueron las investigaciones de la Procuraduría, fundadas en: i) haber comprometido vigencias futuras, ii) deficiente estructuración por parte del Consorcio Bonus-CIP y, iii) porque el contrato resultaba ampliamente inconveniente para el patrimonio de la empresa, dado que comprometía a largo plazo los ingresos de la misma y una proporción importante del CMI.

Lo anterior se evidencia en los considerandos 5 y en el 22. En el primero se hace referencia a la Intervención preventiva realizada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, a las investigaciones en curso contra funcionarios de Acuavalle S.A. E.S.P y miembros de la Junta Directiva por adjudicar y celebrar el Contrato No. 287 y por autorizar el compromiso de vigencias futuras por \$165.000.000.000 para desarrollar el objeto del Contrato

287 y en el 22 se consigna lo siguiente:

"(...) 22. En la fecha no se ha adelantado la ejecución del CONTRATO como tampoco se ha suscrito acta de entrega, debido a la deficiente de estructuración por parte del Consorcio estructurador Bonus-CIP. Para ACUVALLE S.A. ESP. El contrato posee condiciones ampliamente inconvenientes para el patrimonio mismo de la empresa dado que compromete a largo plazo los Ingresos de la misma y una proporción importante del CMI. Ante esa situación, la ejecución del contrato se encuentra suspendida, de tal manera que las partes deben definir la continuación de su ejecución o su terminación de común acuerdo. Además la Procuraduría General de la Nación como se dijo, ha dado comienzo a una intervención que comprende la oferta pública en virtud de la cual se dio comienzo al contrato 287 de 2010." (Subrayo)

3. La Declaración del Experto Mauricio Cabrera.

El testigo, señor Mauricio Cabrera, inicio su declaración refiriéndose a la forma en que se estructuró el contrato y las razones que tuvo en cuenta Acuavalle S.A E.S.P. para adoptar la decisión de terminar el contrato. Al respecto afirmó (págs. 6, 7 9 y 10 de la declaración fls 67, 68, 70 y 71 Cuaderno de Pruebas No 10 ;):

(...)

"El Contrato 287 se estructuró como un proyecto para la realización de inversiones en acueducto y alcantarillado en diversos Municipios del Valle en el que se iban a realizar obras por un valor aproximado de unos \$112 mil millones de pesos ... los pagos que debía hacer ACUAVALLE, calculados en estos 12 a 15 años, dependía el comportamiento de las tarifas y de los ingresos, ascendían a una suma aproximada de \$340 mil millones de pesos, es decir, más de tres veces el valor presupuestado de las obras."

(...)

"... Nuestra asesoría a la Gobernación del Valle empezó en el segundo semestre del año 2010, mes de agosto o septiembre del año 2010, e inicialmente era un análisis de la situación financiera del Departamento y pronto apareció que el riesgo más grande que tenía las finanzas del Departamento eran los contratos de vigencias futuras suscritos por la administración del destituido gobernador Abadía. Estudiando y analizando estos contratos pronto nos enteramos que había unos contratos de índole totalmente análoga en el caso de ACUAVALLE, en el caso de la Gobernación eran tres contratos en los que se iban a realizar obras por \$650 mil millones de pesos, y por los cuales el Departamento con sus recursos de vigencias futuras pagaría alrededor de \$1billón y medio de pesos, es decir, dos veces y media el valor de las obras. Lo que se vio pronto es que los estructuradores de los dos contratos eran los mismos, el mismo CONSORCIO, donde estaba BONUS BANCA DE INVERSIÓN eran los que habían hecho la parte financiera, y los ingenieros, no recuerdo el nombre de la firma del ingeniero pero era el mismo equipo estructurador, y evidentemente habían diseñado el proyecto y la estructuración de los pliegos de licitaciones y los contrato de manera idéntica, por supuesto con variaciones de las obras que se iban a realizar y en los costos de las mismas, pero el modelo utilizado era el mismo, ahí lo conocimos, y ahí fue donde la gobernación nos encargó que el trabajo que estábamos haciendo para la terminación

de esos contratos del Departamento, hiciéramos algo similar también para la liquidación y terminación del contrato de ACUAVALLE.

(...)

"... Desde el punto de vista de la nueva administración de ACUAVALLE se tenía la convicción clara de que el contrato no solamente era oneroso sino implicaba unas obligaciones financieras que hubiera (sic) llevado a la quiebra de la empresa y a copar toda su capacidad de inversión en los próximos 15 años, y por esta convicción que era la misma del caso de los contratos de vigencias futuras del Departamento la administración de ACUAVALLE consideraba que era conveniente terminar el contrato.

Así las cosas si se considera el sometimiento debido al Principio de Planeación, y se evalúan i) las afirmaciones, no solamente de los órganos de control, sino de la Superintendencia de Servicios Públicos, generadas a partir de un análisis de documentos previos y concomitantes con la solicitud de ofertas; ii) los motivos que la misma Convocada invoca para la terminación y, iii) la declaración del Experto contratado para esa terminación, resulta imposible concluir que no surgen de bulto causales de invalidez y declararla. Abstenerse de hacerlo, conduce, como efectivamente se concluye del Laudo, a hacer caso omiso de las consecuencias económicas que en derecho privado -régimen aplicable al contrato¹- tiene tal decisión, efectos que de la misma manera están dispuestos en la ley Artículo 1746 del Código Civil² y respecto de los cuales, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Tales prestaciones comprenden, además de la devolución de las cosas dadas con ocasión del contrato inválido, sus intereses y frutos, el valor de los gastos y mejoras que se hubieren realizado en ellas, además de las indemnizaciones provenientes de la pérdida culpable o deterioro que sufrieran mientras estuvieron en poder de la parte obligada a la restitución." [Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria en sentencia de 4 de febrero de 2003, expediente 6610]

B. Razones vinculadas a la interpretación de la Demanda y las consecuencias derivadas de la misma.

No obstante que como surge de lo señalado en los apartes anteriores considero que el Tribunal contaba con pruebas suficientes para declarar la nulidad absoluta del Contrato y, en consecuencia

¹ Reiteración Jurisprudencial de la providencia del 23 de septiembre de 1997 Sala Plena, Exp:S-701 MP Doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO; CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de 1998. CONSEJERO PONENTE: DR. RICARDO HOYOS DUQUE. Ref. Expediente No.: 14.000. Actor: SOCIEDAD ICHI BAN MOTORS S.A. DEMANDADO: EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ.

² Artículo 1746.—La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Canj

ha debido declararla y ordenar las restituciones a que hubiera lugar, es mi deber consignar en este Salvamento que también me asisten razones para disentir del laudo, bajo la consideración de validez del Contrato.

En efecto, la Convocante solicita en la Pretensión Tercera Principal que se declare que el Contrato fue liquidado parcialmente de común acuerdo por las partes. La mayoría del Tribunal, al avocar su conocimiento e interpretar la demanda, si bien reconoció que las partes suscribieron el acta de liquidación y que en la misma la convocante hizo reservas y ello le autorizó a demandar, resolvió negar esta Pretensión porque considera que al no prosperar las relativas a nulidad absoluta, ineficacia, invalidez e ilegalidad, entre otras, "no tiene sentido alguno, ni en lógica ni en derecho la prosperidad de la PRETENSION TERCERA PRINCIPAL", Interpretación que no comparto porque lo anterior implica asignar a esta Pretensión un carácter consecencial de la Pretensión Segunda Principal, que no surge de la Demanda.

A lo anterior debe agregarse que en el Capítulo inmediatamente siguiente, al analizar la Pretensión Segunda Subsidiaria de la Segunda Principal, el Tribunal afirma que la liquidación suscrita entre las partes, no es parcial, sino total, posición de la que me aparto porque de acuerdo con mi valoración probatoria, la citada parcialidad surge del texto de lo pactado y porque en su testimonio el experto Cabrera señaló que tal parcialidad hacía referencia a lo que no había podido ser objeto de Acuerdo.

De la misma manera en lo que se refiere a la Pretensión Cuarta Principal, en el laudo no prospera por ser ésta consecencial de la Pretensión Segunda Principal y Primera Subsidiaria de la Segunda Principal que no prosperaron (declaratoria de invalidez e ineficacia de algunas partes de la cláusula 55,) y en segundo lugar porque se solicitó cuando el contrato ya había terminado y al respecto han de considerarse los efectos legales que impone el acuerdo de terminación de un contrato.

En efecto, indican en el aparte titulado "La naturaleza o carácter de la acción *indemnizatoria de perjuicios de tipo contractual*"

En consecuencia, la acción indemnizatoria de perjuicios de origen contractual no es una acción autónoma, independiente y principal, sino una acción subsidiaria, derivativa o consecencial (nombre este último que bien le da el apoderado de la parte demandante en las pretensiones cuarta (4ª) a séptima (7ª), inclusive, de la demanda).
(...)

a) La demanda corregida e integrada, que es la que fija el litigio (tema decidendum y petitum), no versó estrictamente y en rigor sobre el incumplimiento del contrato, aunque en varios de los hechos de la misma y en la contestación a ella, se hicieron mutuos acusaciones del comportamiento de las partes en el contrato, sino que se hizo depender la indemnización de perjuicios de pretensiones como la declaración de nulidad absoluta, ineficacia, invalidez e ilegalidad de apartados específicos de la cláusula 55 del contrato, y cuando el aludido ya había terminado por mutuo acuerdo"

Analizado el texto de la Demanda Reformada se observa que la Convocante no califica ni de subsidiaria, ni de consecencial la Pretensión Cuarta, es claro que la califica como Principal y de su contenido es imposible deducir el carácter consecencial que al parecer se le asigna en el laudo. En efecto, la citada pretensión fue formulada así:

CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que con la terminación anticipada del Contrato No. 287-2010, a través de la suscripción del acta denominada "ACTA DE TERMINACIÓN DE MUTUO ACUERDO Y LIQUIDACIÓN CONTRATO No. 287-2010 DEL 26 DE NOVIEMBRE DE 2010", suscrita por Acuavalle y el Consorcio Acuavalle el 13 de diciembre de 2011, las sociedades miembros del Consorcio Acuavalle sufrieron perjuicios, por daño emergente y lucro cesante, que no les fueron reconocidos en la liquidación parcial del Contrato 287-2010 y que por lo tanto deberán serles reconocidos y pagados por la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P.

Corresponde ésta a una Pretensión independiente vinculada a la terminación del Contrato, esto es, a lo consignado por las partes en el acuerdo mediante el cual se ejecutó la previsión contenida en la Cláusula 55.

La mayoría, asigna esa calificación de "consecuencial" a partir de un enfoque estrictamente sustancial, relativo a la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento, sin considerar de una parte que la calificación de "consecuencial" desde una perspectiva procesal, tiene un alcance diferente y en particular que esta Pretensión Cuarta Principal, apunta a obtener una indemnización por los gastos y /o inversiones que no fueron RECONOCIDOS en el Acto Jurídico de terminación.

Sumado a lo anterior, debo reiterar como árbitro disidente, que no comparto la interpretación de la mayoría en la medida en que, declarada la validez del Contrato y para decidir sobre la pretensión de reparación de daños derivados de la terminación, deduce o le asigna al Acta de Terminación suscrita entre las partes, unos efectos que se apartan de lo que literalmente reza la misma. En efecto, la mayoría sostiene, en primer lugar y como ya lo señalé, que en el presente caso no puede hablarse de liquidación parcial sino "total, definitiva y única", porque una vez terminado el contrato "opera retroactivamente al instante en que los contratantes no tenían la calidad de partes" y en consecuencia, no podían éstas alterar los efectos rescillatorios señalados en la ley y formular posteriormente reclamaciones respecto de un contrato que no existe y que dejó de tener vigencia por acuerdo entre ellas, lo que permite concluir que haber incluido en el acta de liquidación reservas respecto de algunas materias y someterlas a la decisión arbitral constituye un error jurídico ostensible. En segundo lugar, porque entienden que las partes le otorgaron al acta liquidatoria, efectos y/o carácter de cosa juzgada y de transacción, razón que según el laudo impone declarar la prosperidad de las excepciones de cosa Juzgada y Transacción, afirmaciones y decisiones que bajo la premisa de validez que se dispone, en mi concepto, no es posible aceptar porque las partes claramente delimitaron el alcance no solamente de la Liquidación, sino el de la transacción y con ello no se transgrede norma alguna.


MARTHA CEDIEL DE PEÑA

Arbitro