

0105
302

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE
CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA
CONTRA
DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, veintiséis (26) de abril de dos mil trece (2013)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto-Ley 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** y el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** con ocasión del contrato No. 460 de 2009, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES

I. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Mediante escrito presentado ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali el día quince (15) de marzo de dos mil doce (2012), y adicionado mediante escrito presentado el día dieciocho (18) de abril de dos mil doce (2012), los integrantes del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** (en adelante **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**), a través de apoderado, formularon demanda arbitral en contra del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** (Folios 1 a 50 Cuaderno Principal No. 1)

II. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral del presente trámite se encuentra en la décima séptima del Contrato de Consultoría No. 460 de dos (2) de junio de 2006, en los siguientes términos:

Toda controversia o diferencia que surja entre las partes, en virtud del presente contrato y que no haya podido ser resuelta de común acuerdo entre ellas o mediante procedimientos de arreglo directo, tales como la conciliación, serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, el cual se sujetará a las disposiciones legales vigentes sobre el Arbitramento de acuerdo con las siguientes reglas: a) El Tribunal será legal. b) Estará integrado por tres árbitros (3) designados de mutuo acuerdo y, a falta de acuerdo, por sorteo realizado por la Cámara de Comercio de Santiago de Cali de su lista de árbitros, sin necesidad de acudir a la justicia ordinaria; c) Tendrá su sede en la Cámara de Comercio de Santiago de Cali. d) Su fallo será de Derecho. e) Los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del arbitramento se sujetarán a las tarifas institucionales de la Cámara de Comercio de Santiago de Cali.

~~0108~~

0107

0107

III. TRÁMITE INICIAL

Luego de la presentación de la demanda arbitral por parte del apoderado del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, se surtió el trámite ordenado por la ley de la siguiente forma:

A. Nombramiento del Tribunal

- El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, mediante comunicaciones del veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), recibida por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y la Procuraduría Judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo el día veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012), por el representante legal de GIECOL S.A.S el día veintitrés (23) de marzo de dos mil doce (2012) y por el representante legal del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** el día veinticuatro (24) de marzo de dos mil doce (2012), procedió a citar a las mismas a audiencia de designación de árbitros el día treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012), en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula compromisoria transcrita (Folios 80 a 85, Cuaderno principal No. 1)

- El día treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012) se llevó a cabo la audiencia de designación de árbitros citada, en la cual las partes de común acuerdo designaron a los doctores **JULIO CÉSAR ORTÍZ GUTIÉRREZ, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ y SAÚL FLÓREZ ENCISO.**

- El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali mediante comunicaciones treinta (30) de marzo de dos mil doce (2012) informó a los doctores **JULIO CÉSAR ORTÍZ GUTIÉRREZ, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ y SAÚL**

300

0168

FLÓREZ ENCISO de su designación como árbitros mediante pacto arbitral (Folios 98 a 105, Cuaderno Principal No. 1).

- Mediante fax de tres (3) de abril de dos mil doce (2012), el doctor **SAÚL FLÓREZ ENCISO** aceptó la designación como árbitro para la presente controversia (Folios 106 y 107, Cuaderno Principal No. 1).

- Mediante comunicación de cuatro (4) de abril de dos mil doce (2012), el doctor **JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ** aceptó la designación como árbitro para la presente controversia (Folio 113, Cuaderno Principal No. 1).

- Mediante fax y de nueve (9) de abril de dos mil doce (2012) y comunicación original recibida el día once (11) de abril de dos mil doce (2012), el doctor **JULIO CÉSAR ORTÍZ GUTIÉRREZ** aceptó la designación como árbitro para la presente controversia (Folios 108 a 112, Cuaderno Principal No. 1).

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

El Centro de Conciliación, Arbitraje y de la Cámara de Comercio de Cali mediante comunicaciones de dieciocho (18) de abril de dos mil doce (2012) citó a las partes, al Ministerio Público y a los Árbitros a la audiencia de Instalación del Tribunal, la cual se llevó a cabo el día cuatro (4) de mayo de dos mil doce (2012) (Folios 114 a 142 y 145 a 157, Cuaderno Principal No. 1).

En dicha audiencia se declaró legalmente instalado el Tribunal, se nombró como presidente al doctor **JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ** y como secretaria a la doctora **MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ**, se reconoció personería al apoderado especial y al apoderado sustituto de la parte Convocante y al apoderado de la parte Convocada, se fijó

306

0109

como sede del Tribunal el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, sin perjuicio de la posibilidad de radicar memoriales en la oficina del señor Presidente del Tribunal en la ciudad de Bogotá D.C., se admitió la demanda arbitral y se ordenó notificar personalmente a la parte convocada y al Ministerio Público y correr traslado de la demanda arbitral.

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

- El día dieciocho (18) de mayo de dos mil doce (2012), el doctor **LEONARDO ÁLVAREZ CASALLAS** presentó sustitución de poder especial conferido por la doctora **ADRIANA GÓMEZ MORENO** en calidad apoderada general de **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**; y en calidad de apoderado especial de la parte convocada, dentro del término legal y oportuno, presentó en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali memorial de contestación de la demanda arbitral incoada por el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** (Folios 185 a 232, Cuaderno Principal No. 1).
- El día veintitrés (23) de mayo de dos mil doce (2012) se fijó en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali el traslado correspondiente de la contestación a la demanda presentada por el apoderado del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** (Folio 233, Cuaderno de Pruebas No. 1).
- El día veintiocho (28) de mayo de 2012, dentro del término fijado para el efecto, el apoderado del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** presentó escrito de pronunciamiento sobre las excepciones formuladas por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL**

307

0110

CAUCA en su escrito de contestación a la demanda (Folios 234 y 235, Cuaderno Principal No. 1).

- Mediante Auto No. 3 de veintinueve (29) de mayo de dos mil doce (2012) se tuvo por contestada la reforma a la demanda arbitral por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y se citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia de conciliación para el día doce (12) de junio de dos mil doce (2012).

D. Honorarios y gastos del Tribunal

Una vez agotado el trámite de la demanda arbitral y su contestación, el pronunciamiento hecho sobre las excepciones de mérito por la parte Convocante, el Tribunal mediante Auto No. 5 de doce (12) de junio de dos mil doce (2012) procedió a fijar los gastos y honorarios de conformidad con las tarifas fijadas por el Decreto 4089 del 30 de marzo de 2007, por tratarse de un arbitraje de carácter legal en los términos de numeral 3º del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, frente a lo cual las partes manifestaron su conformidad (Folios 256 a 270, Cuaderno Principal No. 1).

El apoderado de la parte Convocante solicitó aclaración de la providencia, en el sentido de *"si la cuantía del mismo por la cual se han fijado los honorarios, también sería o podría ser la cuantía del Laudo o fallo del Tribunal. La aclaración la solicito, toda vez que como parte convocante habíamos fijado una cuantía menor en virtud a que uno de los consorciados había renunciado a la indemnización económica"*, frente a lo cual el Tribunal manifestó que en ese estado del proceso no puede afirmar que el valor de la cuantía tomada en el auto que se aclara como base para el cálculo de los honorarios y gastos del proceso será la cuantía del laudo arbitral, puesto que, por una parte, no se puede asegurar la existencia de una condena sin haberse agotado todas las etapas procesales, especialmente la



0111

probatoria, y por otra, porque en caso de haber una condena, la misma precisamente derivará del recaudo probatorio que se haga en el trámite arbitral.

E. Audiencia de Conciliación

Mediante Auto No. 5 de doce (12) de junio de dos mil doce (2012) el Tribunal citó a los representantes legales de todos y cada uno de los integrantes del **CONSORICO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** y del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, así como al Ministerio Público, a audiencia de conciliación el día dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012) (Folios 256 a 270, Cuaderno Principal No. 1).

El día dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012), y luego de analizadas por el Tribunal la demanda arbitral y su contestación, así como el pronunciamiento hecho sobre las excepciones de mérito por la parte Convocante, se llevó a cabo audiencia de conciliación, en la cual la parte Convocada, representada por **LEONARDO ÁLVAREZ CASALLAS**, expresó que las entidades estatales al momento de conciliar están sometidas a lo que su Comité de Conciliación determine para el asunto en concreto, de modo que aporta la correspondiente acta 2012-153 extraordinaria de sesión del diecisiete (17) de julio de 2012, con el código PR-M10-P1-02, la cual se aporta en este estado de la audiencia, y en la que se manifiesta que no existe ánimo conciliatorio por considerarse que se ha cumplido a cabalidad el contrato, y que la comisión de éxito estaría a cargo de los concesionarios y no del Departamento, de modo que no se considera haber incumplido el contrato 460 con su conducta. El apoderado se remite a los motivos expresados en el acta.

La doctora Luz Adriana Bastidas Alzate, representante Legal de **GEICOL S.A.S** manifestó que esta persona jurídica integrante del

309

0112

CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA renunció a las pretensiones económicas de la demanda, y que si el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** reconoció el cumplimiento del contrato objeto de la controversia, le solicita reconsiderar su posición en relación con este miembro de la parte Convocante, dejando constancia en el acta de conciliación de que la parte Convocada ratifica el cumplimiento del contrato por parte del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**.

El doctor **ALFREDO CORAL TRIVIÑO**, representante legal de **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, manifestó que contrario a lo expresado por parte de **GEICOL S.A.S.** en relación con el cumplimiento del contrato por la parte convocante, la demanda no se agota con la declaratoria de cumplimiento del contrato por esta parte, de modo que esta persona jurídica integrante del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** por cuestiones éticas y profesionales considera, por una parte, que el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** del cual hace parte es inescindible, y por otra, que el Tribunal de Arbitramento como tercero imparcial sea el que deba determinar si el contrato se ha cumplido o no, que liquide el mismo y que establezca la procedencia de reconocimientos económicos que considere, sometiéndose a que el juez del contrato revise el mismo y su ejecución y tome una decisión al respecto. Recuerda que el contrato objeto de la controversia ha sido objeto de serias críticas, afectando el buen nombre de los integrantes de la parte convocante, razón por la cual considera que debe continuarse con el proceso arbitral.

El doctor **EMANUEL CÁCERES** en calidad de representante legal de **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** coincidió en los argumentos expuestos por el doctor **ALFREDO CORAL** en relación con las razones para acudir al Tribunal de Arbitramento y las consideraciones sobre el cumplimiento del contrato y la liquidación del contrato.

El apoderado de la parte Convocada solicitó la suspensión de la audiencia en atención a la solicitud de GEICOL S.A.S.; no obstante, solicitó al Tribunal que aclare si la figura del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** procesalmente se considera como litisconsorcio necesario para efectos de saber si es procedente estudiar dicha petición de uno de los integrantes de la parte Convocante.

Frente a la solicitud efectuada, el Tribunal de Arbitramento manifestó que desde el momento mismo de admisión de la demanda arbitral, y al momento de decretarse los honorarios y gastos del proceso, se tomó al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** como litisconsorcio necesario, y en todo caso, las decisiones sobre el particular que tienen un componente jurídico que será estudiado por el Tribunal al momento de proferirse el correspondiente laudo arbitral. Adicionalmente, recuerda al apoderado de la parte convocada que el acta de conciliación ya contiene la decisión del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** en cumplimiento del Decreto 1716 de 2009.

Por su parte, la señora Agente del Ministerio Público manifestó que teniendo en cuenta lo manifestado por el apoderado de la parte Convocada en el sentido de no presentar fórmula conciliatoria, solicito a los honorables Árbitros declarar fracasada la presente audiencia y continuar con el trámite proximal correspondiente.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal estimó que en dicha oportunidad no era posible llegar a una solución conciliatoria, declarando fracasada la audiencia de conciliación mediante Auto No. 7 de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012) (Folios 295 a 298, Cuaderno Principal No. 1).

IV. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

- Fracasada la audiencia de conciliación, y en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto No. 5 de doce (12) de junio de dos mil doce (2012), mediante Auto No. 7 de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012) se ordenó continuar con el trámite arbitral y se realizó la primera audiencia de trámite en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali (Folios 316 a 319, Cuaderno Principal No. 1).

- En dicha audiencia, el Tribunal se pronunció sobre su competencia, teniendo en cuenta para el efecto el contenido de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, según quedó antes transcrita, y además, los siguientes aspectos entre otros:

A. Las partes y su representación

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

A) Parte Convocante:

La parte Convocante en este proceso arbitral es el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, conformado por las siguientes personas jurídicas:

- 1) GEICOL S.A.S.**, sociedad comercial constituida mediante escritura pública No. 556 del 23 de marzo de 1999, otorgada en la Notaría Quinta (5) del Círculo de Cali, con número de identificación tributaria 800.256.897-0, representada legalmente por la Dra. **LUZ ADRIANA BASTIDAS ALZATE**, conforme lo señala el Certificado

312

de Existencia y Representación Legal (Folios 72 a 74 anverso, Cuaderno Principal No. 1).

2) BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A., sociedad comercial constituida mediante escritura pública No. 2566 del 8 de noviembre de 2005, otorgada en la Notaría Cuarenta y Uno (41) del Círculo de Bogotá, con número de identificación tributaria 900.059.812-3, representada legalmente por el Dr. **EMMANUEL ANTONIO CÁCERES DE KERCHOVE DE DENTERGHEM**, conforme lo señala el Certificado de Existencia y Representación Legal (Folios 76 a 78 anverso, Cuaderno Principal No. 1).

3) CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S., sociedad comercial constituida mediante escritura pública No. 3110 del 5 de noviembre de 2008, otorgada en la Notaría Veintiuno (21) del Círculo de Bogotá, con número de identificación tributaria 900.070.180-1, representada legalmente por el Dr. **ALFREDO CORAL TRIVIÑO**, conforme lo señala el Certificado de Existencia y Representación Legal (Folios 66 a 69, Cuaderno Principal No. 1).

El **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** fue constituido mediante documento privado de once (11) de mayo de 2009, modificado mediante documento privado de veinte (20) de febrero de 2012, y está representado legalmente para efectos contractuales por el señor **FRANCISCO EDUARDO REAL ROJAS** (Folios 60 a 65, Cuaderno Principal No. 1), y apoderado respecto de las personas jurídicas que lo integran por el Dr. **JESÚS FERNANDO CORAL VILLOTA** (Folios 54 y 55, Cuaderno Principal No. 1).

B) Parte Convocada:

La parte Convocada en este proceso arbitral es el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, entidad del orden departamental

313

representada por el señor Gobernador, quien otorgó poder general para comparecer en procesos judiciales, tribunales de arbitramento y en actuaciones extrajudiciales o administrativas ante entidades de cualquier orden, relacionadas con asuntos en los cuales tenga interés o se encuentre vinculado, en la Secretaría Jurídica, según consta en el poder conferido mediante escrituras públicas obrantes a folios 219 y 221, 249 a 251 anverso y 279 a 287 del Cuaderno Principal No. 1.

En el presente proceso, la Secretaría Jurídica sustituyó el poder a los doctores **LEONARDO ÁLVAREZ CASALLAS** (Folios 216 y 278, Cuaderno Principal No. 1), **GERMÁN MARÍN ZAFRA** Folios 173 a 178, 337 a 345, Cuaderno Principal No 1) y **RAMIRO SAAVEDRA BECERRA** (Folios 63 y 64, Cuaderno Principal No. 2).

B. La demanda

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

1. Hechos en que se sustenta la demanda

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

2. Las pretensiones

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

PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA.- *Que se declare que LA PARTE CONVOCANTE **cumplió** con el objeto y las obligaciones del Contrato Estatal de Consultoría No. 460 de 2009, suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA (integrado por GEICOL S.A.S., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. Y CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.).*

SEGUNDA.- *Que se declare que LA PARTE CONVOCADA **incumplió** el Contrato Estatal de Consultoría No. 460 de 2009, suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y el CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA (integrado por GEICOL S.A.S., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. Y CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.).*

TERCERA.- *Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de LA PARTE CONVOCADA, ésta le causó perjuicios a LA PARTE CONVOCANTE por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados integralmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

Primera Pretensión Subsidiaria a la Tercera Principal.-

Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de LA PARTE CONVOCADA, se desequilibró la ecuación económica del Contrato Estatal de Consultoría No. 460 de 2009 en perjuicio de LA PARTE CONVOCANTE, que debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

CUARTA.- *Quese efectúe la Resolución y Liquidación en sede arbitral del Contrato Estatal de Consultoría No. 460 de 2009, **se declare** a LA PARTE CONVOCANTE a paz y salvo por todo concepto respecto de sus obligaciones contractuales y **se incluyan** dentro de tal Liquidación los valores reconocidos por el Tribunal de Arbitramento*

B/S

a favor de *BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.*, de *CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.* y del *CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA* por razón de las condenas que se solicitan a continuación.

PRETENSIONES DE CONDENA

QUINTA.- Que como consecuencia de las declaraciones solicitadas anteriormente, **se condene y ordene** a LA PARTE CONVOCADA a indemnizar y pagar a *BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.*, a *CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.* y al *CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA* las sumas que, conforme a lo que se pruebe en este proceso, haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato Estatal de Consultoría No. 460 de 2009, mediante el pago de la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados a *BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.*, a *CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.* y al *CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA*, tanto por daño emergente como por lucro cesante.

Primera Pretensión Subsidiaria a la Quinta Principal.- Que **se condene y ordene** a LA PARTE CONVOCADA a indemnizar y pagar a *BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.*, a *CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.* y al *CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA* las sumas que, conforme a lo que se pruebe en este proceso, haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del Contrato Estatal de Consultoría No. 460 de 2009, mediante la aplicación de cualquier medida que resulte necesaria para tal fin, ordenando para ello los correspondientes reconocimientos económicos.

SEXTA.- Que **se condene** a LA PARTE CONVOCADA a pagar a *BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.*, a *CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.* y al *CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA*, intereses moratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia

de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del Laudo.

Primera Pretensión Subsidiaria a la Sexta Principal. - **Que se condene** a LA PARTE CONVOCADA a pagar a BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A., a CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S. y al CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA, intereses de mora a la más alta tasa aplicable legalmente, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del Laudo.

Segunda Pretensión Subsidiaria a la Sexta Principal. - **Que se condene** a LA PARTE CONVOCADA a pagar a BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A., a CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S. y al CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA, intereses moratorios sobre todas las sumas a las que resulte condenada, en los términos del artículo 884 del Código de Comercio y el valor correspondiente a la actualización conforme al Índice de Precios al Consumidor -IPC- sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena.

Tercera Pretensión Subsidiaria a la Sexta Principal. - **Que se condene** a LA PARTE CONVOCADA a pagar a BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A., a CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S. y al CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA, intereses moratorios o remuneratorios, según el caso, a la tasa que el Tribunal establezca, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del Laudo, o desde cuando el Tribunal considere estos se deben causar conforme a lo que se pruebe en el proceso.

SÉPTIMA. - **Que se ordene** a LA PARTE CONVOCADA dar cumplimiento al Laudo Arbitral que ponga fin a éste proceso, de

317

*acuerdo con los dispuesto en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, y **se le condene** al pago de intereses comerciales y moratorios sobre el monto total de la condena y a la tasa máxima establecida por la ley, desde la fecha de la ejecutoria del Laudo Arbitral y hasta la fecha del pago efectivo.*

OCTAVA. - *Que se condene a LA PARTE CONVOCADA al pago de la totalidad de las costas y honorarios del proceso arbitral y al pago de las agencias en derecho en que incurra BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A., CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S. y el CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA.*

C. Contestación a la demanda y excepciones

El apoderado de la parte Convocada dio respuesta a la demanda dentro del término legal, proponiendo para el efecto las siguientes excepciones:

Consideración general.

El cumplimiento estricto del contrato de No. 460 de 2009 por parte de la Gobernación del Valle.

La comisión de éxito, como débito prestacional de los concesionarios y/o contratistas.

La inexistencia de situaciones, hechos o actos que alteraron el equilibrio económico del contrato 460 de 2009.

Innominada.

D. Pronunciamiento sobre la competencia del Tribunal

Al decidir sobre su competencia, el Tribunal manifestó que al analizar el contenido de las controversias puestas en su conocimiento

318

encuentra acreditada la existencia del pacto arbitral, las controversias planteadas están cobijadas por el mismo, y son susceptibles de disposición y transacción, con lo cual se ha cumplido cabalmente el trámite inicial previsto en el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 (artículo 121 de la Ley 446 de 1998), que se encuentra agotado en debida forma, de modo que se reúnen los presupuestos necesarios para que el Tribunal asumiera competencia.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal resolvió declararse competente para decidir en derecho, las diferencias sometidas a su consideración tanto en la demanda como en la contestación a la misma, mediante Auto No. 8 de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012) (Folios 303 a 310, Cuaderno Principal No. 1).

V. LAS PRUEBAS DEL PROCESO

En la primera audiencia de trámite, mediante Auto No. 9 de dieciocho (28) de julio de dos mil doce (2012), decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

1. Documentales

- En el expediente obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocante junto con la demanda arbitral, enunciados y numerados en el Capítulo VI "6.1.1 De las pruebas documentales que se aportan al presente proceso" (folio 44 del Cuaderno Principal No. 1; Folios 1 a 354, Cuaderno de Pruebas No. 1).

- Igualmente, obran las pruebas documentales aportadas por la parte Convocada junto con la contestación a la demanda arbitral, enunciados y numerados en el acápite "acápites 4 "4.1 Documentales" (Folio 215 a del Cuaderno de Principal No. 1; Folios 376 a 495, Cuaderno de Pruebas No. 1; Folios 1 a 304, Cuaderno de Pruebas No. 2)

- Adicionalmente al expediente se incorporaron los documentos que fueron allegados en respuesta a (i) Oficio 001 dirigido al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** (Folios 12 a 395, Cuaderno de Pruebas No. 3; Folios 1 a 577, Cuaderno de Pruebas No. 4; Folios 1 a 503, Cuaderno de Pruebas No. 5; Folios 1 a 648, Cuaderno de Pruebas No. 6; Folios 1 a 595, Cuaderno de Pruebas No. 7; Folios 1 a 536, Cuaderno de Pruebas No. 8; Folios 1 a 472, Cuaderno de Pruebas No. 9; Folios 1 a 470, Cuaderno de Pruebas No. 10; Folios 1 a 350, Cuaderno de Pruebas No. 11); (ii) Oficio 003 dirigido al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** (Folio 90, Cuaderno Principal No. 2); (iii) Oficio 004 dirigido a **JULIANA MARÍA GIRALDO SERNA** en calidad de Jefe del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali (Folios 351 a 463, Cuaderno de Pruebas No. 11), y; (iv) Oficio 005 dirigido a **GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN** en calidad de presidente del Tribunal de Arbitramento de **REURVALLE S.A.** y el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** (Folios 88 y 89, Cuaderno Principal No. 2).

- Por último, se incorporaron los documentos aportados por el testigo **JAVIER ENRIQUE DELGADO CAMPUZANO** (Folios 383 a 391, Cuaderno Principal No. 1).

2. Dictámenes periciales

Se practicó un (1) dictamen pericial:

Dictamen rendido por Íntegra Auditores Consultores S.A.

En el expediente obra el dictamen pericial financiero y contable solicitado por las partes, rendido por la firma **ÍNTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.** (Folios 305 a 388, Cuaderno de Pruebas No. 2),

320

así como la respuesta a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal (Folios 389 a 426, Cuaderno de Pruebas No. 2).

3. Testimonios

- El día veintisiete (27) de julio de dos mil doce (2012) se practicaron los testimonios de testigos **JUAN MANUEL MARTÍNEZ PAZ, JAVIER ENRIQUE DELGADO CAMPUZANO** y **MARTHA LUCIA HUERTAS CONDE** (Folios 427 a 507, Cuaderno de Pruebas No. 2).

4. Experticio Financiero

- Se aportó al proceso en la oportunidad correspondiente el concepto realizado de forma conjunta por los doctores Alberto Carrasquilla Barrera, Andrés Flórez Villegas, Lía Heenan Sierra y Yolanda Rueda Muñoz, enunciado en el Capítulo VI "6.4 Experticio financiero" (folios 143 y 144 del Cuaderno Principal No. 1; Folios 355 a 375, Cuaderno de Pruebas No. 1).
- Mediante Auto No. 9 de dieciocho (18) de julio de 2012, se corrió traslado del experticio financiero por el término de tres (3) días, en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010. Ni las partes ni el Ministerio Público se pronunciaron sobre el experticio dentro de la oportunidad procesal correspondiente.
- El día tres (3) de agosto de 2012, los expertos ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA y YOLANDA RUEDA MUÑOZ realizaron la exposición del experticio presentado (Folios 1 a 11, Cuaderno de Pruebas No. 3; Folio 508, Cuaderno de Pruebas No. 2; Folios 464 a 469, Cuaderno de Pruebas No. 11).

821

- El día veintinueve (29) de agosto de 2012, los expertos ANDRÉS FLÓREZ VILLEGAS y LÍA HEENAN SIERRA realizaron la exposición del experticio presentado (Folio 508, Cuaderno de Pruebas No. 2).

VI. TÉRMINO DEL PROCESO

Analizada la cláusula compromisoria, no se encuentra en ella previsión sobre la duración del proceso, por lo cual, tratándose de un Tribunal de carácter legal, tiene aplicación el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, así como el artículo 70 de la Ley 80 de 1993.

En audiencias realizadas los días siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012), trece (13) de febrero y veintiséis (26) de abril de dos mil trece (2013), la Secretaría informó que el proceso había sido suspendido y ampliado en sus términos de acuerdo con la siguiente relación:

- Diecinueve (19) de julio de dos mil doce (2012) a veintitrés (23) de julio de dos mil doce (2012), ambas fechas inclusive, para un total de cinco (5) días de suspensión; aplazando la competencia del Tribunal hasta el día veintidós (22) de enero de dos mil trece (2013).
- Veintiocho (28) de julio de dos mil doce (2012) a dos (2) de agosto de dos mil doce (2012), ambas fechas inclusive, para un total de seis (6) días de suspensión; aplazando la competencia del Tribunal hasta el día veintiocho (28) de enero de dos mil trece (2013).
- Cuatro (4) de agosto de dos mil doce (2012) a veintiocho (28) de agosto de dos mil doce (2012) ambas fechas inclusive, para un total de veinticinco (25) días de suspensión; aplazando la

02

competencia del Tribunal hasta el día veintidós (22) de febrero de dos mil trece (2013).

- Treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012) a veintitrés (23) de septiembre de dos mil doce (2012), ambas fechas inclusive, para un total de veinticinco (25) días de suspensión; aplazando la competencia del Tribunal hasta el día diecinueve (19) de marzo de dos mil trece (2013).
- Seis (6) de noviembre de dos mil doce (2012) a veinticinco (25) de noviembre de dos mil doce (2012), ambas fechas inclusive, para un total de veinte (20) días de suspensión; aplazando la competencia del Tribunal hasta el día ocho (8) de abril de dos mil trece (2013).
- Dieciséis (16) de enero hasta el día dieciocho (18) de febrero de dos mil trece (2013), ambas fechas inclusive, para un total de treinta y cuatro (34) días de suspensión; aplazando la competencia del Tribunal hasta el día quince (15) de junio de dos mil trece (2013).
- Veinte (20) de febrero hasta el veinticinco (25) de abril de dos mil trece (2013), ambas fechas inclusive, para un total de sesenta y cinco (65) días de suspensión; aplazando la competencia del Tribunal hasta el día veintinueve (29) de junio de dos mil trece (2013).

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

VII. ALEGACIONES DE LAS PARTES Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

En audiencia realizada el día diecinueve (19) de febrero de dos mil trece (2013), los apoderados de la partes Convocante y Convocada, así como el Ministerio Público, presentaron verbalmente sus alegatos de conclusión, de los cuales entregaron un resumen escrito que fue incorporado al expediente (Folios 136 y siguientes, Cuaderno Principal No. 2).

A los argumentos contenidos en los alegatos de las partes y en el concepto del Representante del Ministerio Público, se hará referencia en el capítulo siguiente sobre consideraciones del Tribunal.

CAPÍTULO SEGUNDO: HECHOS DE LA CONTROVERSIDA

Los hechos que dan origen a la presente controversia, relacionados en la demanda arbitral presentada por el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, son los siguientes:

1. En virtud de las precisas autorizaciones dadas por la Ordenanza Departamental No. 280 de 2009, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** adelantó el proceso de selección mencionado para que, previo agotamiento de un Concurso de Méritos Abierto con Propuesta Técnica Simplificada, se procediera a contratar un Consultor para la estructuración técnica, legal y financiera de un mecanismo de vinculación de capital privado para el desarrollo de las obras de infraestructura a ser financiadas mediante vigencias futuras.
2. Mediante Resolución No. 150 del 8 de mayo de 2009, se ordenó la apertura del Concurso de Méritos No. CM-SI-01-2009, con el objeto de *"Contratar un consultor para la estructuración técnica, legal y*

0127
324

financiera de un mecanismo de vinculación de capital privado para el desarrollo de las obras de infraestructura a ser financiadas mediante las vigencias futuras aprobadas por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, mediante Ordenanza No. 280 de 2009 y acompañamiento durante el proceso de selección del (los) privado(s) que lleve(n) a cabo la ejecución de las obras requeridas”.

3. El día once (11) de mayo de dos mil nueve (2009) se constituyó el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por GEICOL S.A.S., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. y CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S., a efectos de presentar propuesta, celebrar y ejecutar el contrato de consultoría resultante del Concurso de Méritos No. CM-SI-01-2009.

4. Dentro de la oportunidad prevista en el pliego de condiciones del Concurso de Méritos No. CM-SI-01-2009, fue presentada la propuesta del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, luego de lo cual, una vez surtidas las correspondientes evaluaciones a todas las propuestas presentadas y las audiencias previstas en el ordenamiento jurídico vigente, el día dos (2) de junio de 2009, por medio de la Resolución No. 165 de la misma fecha, expedida por la Gobernación del Valle del Cauca, se adjudicó a dicho Consorcio el referido Concurso de Méritos Abierto.

5. El día dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) se suscribió entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** el Contrato de Consultoría No. 0460 de 2009, con un valor básico de Cuatrocientos Setenta y Ocho Millones Ochocientos Cuarenta y Ocho Mil Pesos (\$478.848.000.00) Moneda Corriente, incluido IVA y los demás impuestos, y una Comisión de Éxito del dos por ciento (2%) del valor estimado del(los) contrato(s) de concesión estructurado(s) adjudicado(s).

325

6. De conformidad con la cláusula cuarta del Contrato de Consultoría No. 0460 de 2009, el plazo de ejecución para desarrollar a plena satisfacción el objeto del contrato de consultoría suscrito para con el Departamento del Valle del Cauca, fue de catorce (14) meses o hasta que se obtenga el Cierre Financiero en los respectivos contratos de concesión.

7. La forma de pago del valor básico, de acuerdo con lo contemplado en la cláusula tercera del contrato, se pactó de la siguiente manera: 1) Un pago anticipado del cuarenta por ciento (40%) del valor del contrato, una vez se hubiera suscrito el Acta de Inicio del Contrato. 2) Un segundo pago, correspondiente al treinta por ciento (30%) del valor del contrato una vez se hubiera presentado el informe No. 2. 3) Un tercer pago del treinta por ciento (30%) del valor del contrato, una vez se hubiera presentado el informe final de la Fase I.

8. Según el Parágrafo de la misma cláusula tercera, se dispuso que la Comisión de Éxito, causada a favor del Consultor por la adjudicación del(los) contrato(s) de concesión estructurado(s), sería pagada por el o los contratistas y/o concesionarios al Consultor. El Pago de la Comisión se realizaría así: Un cuarenta por ciento (40%) dentro de los quince (15) días siguientes de la suscripción de los Contratos, y un sesenta por ciento (60%) al momento en que se acredite ante el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, los cierres financieros, o seis (6) meses después de la suscripción del contrato o contratos, en los casos que no se requiriera cierre financiero.

9. El objeto del contrato de consultoría se debía ejecutar en dos (2) etapas claramente diferenciadas; la primera etapa del contrato fue de tres (3) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, mientras que la segunda etapa, de conformidad con el texto del contrato, se contaba a partir de la terminación de la primera etapa, y

0129
826

tendría un plazo de ejecución de once (11) meses. Las anteriores etapas suponían la gestión de tres (3) fases.

10. El día diecinueve (19) de junio de dos mil nueve(2009) se suscribió el Acta de Iniciación del Contrato No. 460 de 2009, hecho que de conformidad con la cláusula tercera del contrato, llevó consigo el pago anticipado del cuarenta por ciento (40%) del valor básico del contrato.

11. El día veintiuno (21) de agosto de dos mil nueve (2009) se otorgó recibo a satisfacción al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** respecto de la obligación de presentar el Informe de Avance No. 2 del período comprendido entre el diecinueve (19) de junio y el diecinueve (19) de agosto de dos mil nueve (2009), por lo que se causó el segundo pago del treinta por ciento (30%) del valor del contrato.

12. El día dieciocho (18) de septiembre de dos mil nueve (2009), se otorgó recibo a satisfacción al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** respecto de la obligación de presentar el Informe de Avance No. 3 – Informe Final Fase I ESTRUCTURACIÓN DE LICITACIONES-, haciéndose precedente el tercer pago de treinta por ciento (30%).

13. El desarrollo de la primera etapa del contrato de consultoría No. 460 de 2009 derivó en la apertura y trámite de las Licitaciones Públicas Nos. 001, 002 y 003 de 2009, que posteriormente y luego del agotamiento de los procesos licitatorios, fueron adjudicadas.

14. La Licitación Pública No. 001 de 2009, cuyo objeto fue "Contratar un inversionista que realice la financiación, los estudios, diseños, gestión predial, gestión social, gestión ambiental y construcción de las obras y proyectos de infraestructura vial urbana y rural en el Departamento del Valle del Cauca de conformidad con la autorización

327

otorgada al Gobernador del Departamento mediante Ordenanza No. 280 de 2009", se adjudicó en Audiencia Pública el dieciocho (18) de diciembre de 2009, mediante Resolución No. 001 de la misma fecha. El Contrato de Concesión No. 001 de 2010, se suscribió entre la Gobernación del Valle del Cauca y la Sociedad Concesionaria Vías del Valle S.A.S., el siete (7) de enero de 2010.

15. La Licitación Pública No. 002 de 2009, cuyo objeto fue "Contratar bajo la modalidad de concesión, un inversionista que realice la financiación, los estudios, diseños, gestión social, gestión ambiental y construcción de las obras y proyectos de infraestructura y urbanismo para vivienda de interés social, saneamiento básico para viviendas urbanas y rurales y mitigación de riesgos y obras de infraestructura, equipamiento y renovación urbana en el Departamento del Valle del Cauca de conformidad con la autorización otorgada al Gobernador del Departamento mediante la Ordenanza No. 280 de 2009 expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca", fue adjudicada mediante Resolución No. 002 del dieciocho (18) de diciembre de 2009 a la Promesa de Sociedad Futura Renovación Urbana del Valle S.A.S., suscribiendo el Contrato de Concesión No. 002 de 2010, el día siete (7) de enero de 2010.

16. La Licitación Pública No. 003 de 2009, cuyo objeto fue "Contratar bajo la modalidad de Concesión, un inversionista que realice la financiación, los estudios, diseños, gestión social, gestión ambiental, labores de manejo de tráfico, obras para redes de servicios públicos domiciliarios y construcción de las obras de infraestructura deportiva, educativa, de dotación y fortalecimiento de seguridad y de desarrollo turístico en el Departamento del Valle del Cauca de conformidad con la autorización otorgada al Gobernador del Departamento mediante Ordenanza No. 280 de 2009", se adjudicó mediante Resolución No. 003 del dieciocho (18) de diciembre de 2009 al Consorcio Mi Valle,

328

suscribiendo el Contrato de Concesión No. 003 de 2010, el siete (7) de enero de 2010.

17. El cuarenta por ciento (40%) inicial de la comisión de éxito prevista por el Contrato de Consultoría No. 460 de 2009, pagadera dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción de los contratos de concesión, de acuerdo con lo estipulado en el numeral 1.5 del pliego de condiciones del Concurso de Méritos Abierto CM-SI-001-2009 y en la cláusula tercera del contrato de consultoría No. 460 de 2009, e igualmente en los numerales 1.11 y 4.12 del Pliego de Condiciones de las Licitaciones Nos. 001, 002 y 003 de 2009 respectivamente, y en las cláusulas 5, 40, 42 y 43, respectivamente, de los contratos de concesión 001, 002 y 003 de 2010, fue pagada por los Concesionarios al **CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA**, por los Concesionarios Consorcio Mi Valle, Renovación Urbana del Valle S.A.S – Reurvalley Vías del Valle S.A.S.

18. El sesenta por ciento (60%) restante de la comisión de éxito causada a favor del **CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA** por razón de la adjudicación de las respectivas licitaciones públicas, conforme con lo señalado en el numeral 1.5 del Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos Abierto CM-SI-001-2009 y en la cláusula tercera del contrato de consultoría No. 460 de 2009, e igualmente en los numerales 1.11 y 4.12 del Pliego de Condiciones de las Licitaciones 001, 002 y 003 de 2009 respectivamente, y en la Cláusula 5 y en las Cláusulas 40, 42 y 43 respectivamente, de los contratos de concesión 001, 002 y 003 de 2010, debía pagarse al momento en que se acreditara ante el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** por parte de los concesionarios, los cierres financieros o seis (6) meses después de la suscripción de los contratos, en aquellos casos en que no se requiriera cierre financiero.

329

19. El **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, antes de que se dieran los respectivos cierres financieros por parte de los concesionarios, manifestó su voluntad expresa de dar por terminados de mutuo acuerdo y liquidar de manera anticipada los contratos de concesión 001, 002 y 003 de 2010, aduciendo inestabilidad política del **DEPARTAMENTODEL VALLE DEL CAUCA**, objeciones a las vigencias futuras excepcionales planteadas por la Contraloría Departamental del Valle del Cauca en el Informe de Auditoría CDVC-CASCD No. 001 de 15 de abril de 2010, suscrito por el Contralor Departamental encargado, la Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Contraloría General de la Nación, y los análisis financieros de la firma Cabrera y Bedoya Asociados Ltda., asesora de del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** respecto de la ejecución de tales contratos de concesión.

20. En oficio al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** informó que el día 17 de agosto de 2011 se terminaron y liquidaron por mutuo acuerdo los contratos de concesión 001 y 002 de 2010 celebrados entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y las sociedades Vías del Valle S.A.S. y Reurvalle S.A.S. respectivamente, y que el contrato de concesión 003 de 2010, suscrito entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el Consorcio Mi Valle, se encontraba suspendido por mutuo acuerdo entre las partes con el fin de llegar a los acuerdos pertinentes para lograr una terminación por mutuo acuerdo, la cual finalmente se dio el 22 de diciembre de 2011.

21. Dado que la imposibilidad de cumplir con el Cierre Financiero de los mencionados contratos obedeció a causas no imputables al **CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA**, éste decidió enviar comunicaciones dirigidas a la Sociedad Vías del Valle S.A.S., Renovación Urbana del Valle S.A.S. y al Consorcio Mi Valle respectivamente, solicitando el pago del sesenta por ciento (60%)



restante de la Comisión de Éxito, cobro al que éstos opusieron por las circunstancias sobre la terminación y liquidación de los contratos de concesión referidos.

22. Mediante Oficio del 20 de enero de 2012, la Secretaría Jurídica del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** convocó al representante legal del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** y a sus demás integrantes, a una reunión en las instalaciones de dicha Gobernación, con el fin de iniciar el proceso de liquidación del Contrato de Consultoría No. 460 de 2009.

CAPÍTULO TERCERO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 460 DE 2009 POR PARTE DEL CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA

Posiciones de las partes

La primera pretensión declarativa de la demanda incoada por la parte Convocante consiste en que el Tribunal se pronuncie en el sentido de manifestar que el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** cumplió con el objeto y las obligaciones del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil seis (2006), habida cuenta de haberse ejecutado a plena satisfacción todas las actividades que comprendían la relación contractual con el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, parte Convocada en este proceso.

En su contestación a la demanda arbitral, la parte Convocada manifestó que la Convocante cumplió con las prestaciones principales del contrato de consultoría, al punto de haber pagado la totalidad del precio pactado como valor fijo del contrato de consultoría, y por ende

301
0134

encontrarse extinguida la obligación, proponiendo, en todo caso, la excepción innominada.

En sus alegatos de conclusión, la parte Convocante reiteró los argumentos plasmados en la demanda arbitral y manifestó que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** aceptó y reconoció la veracidad de los hechos de la demanda relativos al cumplimiento del contrato por parte del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**. La parte Convocada guardó silencio respecto de esta pretensión, al igual que el Ministerio Público.

Consideraciones del Tribunal

A partir de los argumentos de las partes respecto de esta pretensión, el Tribunal encuentra probado dentro del proceso arbitral lo siguiente:

1. Que el día dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** celebraron el contrato de consultoría 460, cuyo objeto, de acuerdo con la cláusula primera, consistió en *"Contratar un consultor para la estructuración técnica, legal y financiera de un mecanismo de vinculación de capital privado para el desarrollo de las obras de infraestructura a ser financiadas mediante las vigencias futuras aprobadas por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, mediante Ordenanza No. 280 de 2009 y acompañamiento durante el proceso de selección del (los) privado(s) que lleve(n) a cabo la ejecución de las obras requeridas"*(Folios 280 a 283, Cuaderno de Pruebas No. 1).

2. Que el día dos (2) de febrero de dos mil doce (2012), la Secretaria Jurídica del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, Martha Lucía Huertas Conde, certificó que el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, identificado con el Nit 900.292.836-7, ejecutó a

satisfacción para el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** el contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) (Folios 386 a 391, Cuaderno Principal No. 1).

De acuerdo con lo anterior, encuentra el Tribunal que no existe controversia alguna entre las partes procesales respecto de la cabal ejecución del contrato objeto de estudio en este proceso por parte de la Convocante, sino que, por el contrario, no solamente se encuentra prueba clara en el proceso de la constancia de cumplimiento expedida por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** como parte contratante de los servicios de consultoría del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, sino que la misma parte Convocada en su escrito de contestación a la demanda arbitral manifestó claramente que la Convocante ejecutó las prestaciones principales del contrato y aceptó los hechos presentados en la demanda arbitral relacionados con esta pretensión, enfocando su defensa en el cumplimiento igualmente de las obligaciones de pago a su cargo.

En consecuencia, el Tribunal declarará probada la primera pretensión declarativa de la demanda, y negará la excepción innominada respecto de la misma, y así lo manifestará en la parte resolutive de la presente providencia.

2. RESPECTO DEL INCUMPLIMIENTO, Y EN SUBSIDIO, EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 460 DE 2009 CAUSADO POR EL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

Posiciones de las partes

Las pretensiones segunda y tercera declarativa de la demanda arbitral consisten en solicitar al Tribunal que se declare que el

DEPARTAMENTO DEL VALLE DE CAUCA incumplió el contrato de Consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve(2009), y que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de la parte Convocada, ésta le causó perjuicios a la Convocante por daño emergente y lucro cesante, que deben ser indemnizados integralmente, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso, o en subsidio de esta última, que se declare que como consecuencia de los incumplimientos de la Convocada se desequilibró la ecuación económica del contrato de consultoría en perjuicio del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** que debe ser integralmente restablecida mediante la correspondiente indemnización, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

Como consecuencia de lo anterior, la Convocante solicita al Tribunal en la pretensión quinta de condena que se condene y se ordene al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** a pagar al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** las sumas a que haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato de consultoría No.460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) mediante el pago de la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados tanto por daño emergente como por lucro cesante, o en subsidio de lo anterior, que se condene y ordene a la parte Convocada a indemnizar y pagar a la Convocante las sumas a que haya lugar para el restablecimiento integral de la ecuación económica del contrato de consultoría mediante la aplicación de cualquier medida que resulte necesaria para tal fin, ordenando los correspondientes reconocimientos económicos.

Fundamenta sus pretensiones la parte Convocante en que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** terminó de manera anticipada los contratos de concesión Nos. 01, 02 y 03 con los respectivos concesionarios, y específicamente, antes de producirse la condición de pago del sesenta por ciento (60%) de la comisión de

334

0137

éxito pactada tanto en el contrato de consultoría como en los contratos de concesión a favor del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, que consistía en la realización de los cierres financieros de los proyectos, y que estaba a cargo de dichos concesionarios, con el fin específico de que tal pago no se produjera en favor de la parte Convocante, y que tal circunstancia se constituye en un incumplimiento contractual que produjo un desequilibrio económico del contrato que no está en la obligación de soportar.

En su contestación a la demanda arbitral, la parte Convocada manifestó no haber incumplido el contrato de consultoría, ya que de manera oportuna pagó al contratista Convocante las sumas pactadas en el contrato como consecuencia de la ejecución de las actividades contratadas; y que por ello se encuentra extinguida la obligación de pago por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**; igualmente, que al haberse configurado el fenómeno jurídico de la estipulación por otro en los términos del artículo 1507 del Código Civil por la consagración del mismo pliego de condiciones del concurso de méritos abierto que dio lugar a la selección del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DE CAUCA** como consultor para la ejecución de las actividades objeto del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), y la incorporación en el contrato mismo, de que serían los concesionarios quienes pagarían el valor de la comisión de éxito, y al haberse perfeccionado el mismo por efecto de la ratificación que de dicha estipulación hicieran los concesionarios contratistas del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** en los términos del artículo 1753 del Código Civil, la obligación de pago de la comisión de éxito no recae en la parte Convocada sino en dichos contratistas, y que es a ellos a quienes debe dirigirse la reclamación de la parte Convocante.

Propone la Convocada, como excepciones a las pretensiones de la demanda arbitral, el cumplimiento estricto del contrato No. 460 de

2009 por parte del Departamento del Valle, la comisión de éxito, como débito prestacional de los concesionarios y/o contratistas, la inexistencia de situaciones, hechos o actos que alteraron el equilibrio económico del contrato No. 460 de 2009, y la excepción innominada.

En sus alegatos de conclusión, las partes Convocante y Convocada reiteraron los argumentos plasmados en la demanda arbitral y en la contestación a la misma.

Por su parte, el Ministerio Público manifestó argumentos similares a los de la Convocada, en el sentido de que la obligación de pago se encuentra en cabeza de los concesionarios al haberse configurado la estipulación por otro, no siendo la parte Convocada la llamada a responder por los perjuicios alegados por la Convocante; que no se configura desequilibrio económico del contrato en perjuicio de la parte Convocante, porque la terminación anticipada de los contratos de concesión no impuso carga económica adicional alguna a ésta, y la figura del equilibrio económico no fue creada legal y jurisprudencialmente para asegurar ganancias al contratista de la administración; que la comisión de éxito, en su entender, no hacía parte del valor del contrato, y su pago estaba a cargo de terceros, y; que el incumplimiento contractual genera desequilibrio económico por actos o hechos de la entidad contratante (*iusvariandi*), por actos generales de la Administración como Estado (*hecho del príncipe*), y por factores externos a las partes (*teoría de la imprevisión*).

Consideraciones del Tribunal

A partir de los argumentos de las partes y del Ministerio Público respecto de estas pretensiones, el Tribunal considera oportuno y necesario, en primer lugar, hacer algunas precisiones sobre el concepto de incumplimiento contractual, para posteriormente determinar las diferencias específicas entre incumplimiento contractual

y desequilibrio económico del contrato, habida cuenta de la configuración de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda relativas a incumplimiento y desequilibrio económico y la argumentación expuesta por la Convocante de estas dos figuras como fenómenos jurídicos similares, así como de las manifestaciones del Ministerio Público expresamente sobre este tema. Agotado lo anterior, entrará el Tribunal a dirimir la presente controversia en el marco de las pretensiones de la demanda arbitral y su contestación a partir de las figuras de la estipulación por otro y la buena fe contractual, estableciendo la solución jurídica correspondiente a partir de la pretensión de incumplimiento contractual, principal de la demanda arbitral.

A. Incumplimiento contractual y desequilibrio económico del contrato estatal

En el tema de la infracción de las obligaciones deben distinguirse dos situaciones: la primera, un estado patológico, determinado por la no realización de lo prometido por el deudor en la época u oportunidad fijada por la ley o pactada en el contrato, a lo que debe agregarse el eventual aviso del acreedor al deudor sobre el perjuicio que se le está causando, lo que se conoce como la mora de la obligación; y la segunda, que implica la configuración de un estado definitivo de la obligación de acuerdo con el interés del acreedor en la ejecución de la misma.

Así, el deudor estará en estado de incumplimiento cuando el interés del acreedor en la ejecución ha desaparecido, y lo único que pretende reclamar de su deudor incumplido es el equivalente pecuniario de la obligación por su ejecución tardía, junto con la indemnización de perjuicios causados por la acción retardada del obligado a la prestación, los cuales van más allá de la demora en la ejecución de lo querido y pedido por el acreedor y prometido por el deudor, ya que se

involucran los daños externos a la relación y que se deriven de la vicisitud en el cumplimiento de la misma.

El incumplimiento de la obligación, entonces, hace necesario que el deudor haya superado los estadios de retraso y mora, y que haya pasado al campo en el cual el interés del acreedor en la realización de la prestación, aunque sea de forma tardía, ya no existe, configurándose en este momento el objeto de una pretensión judicial de incumplimiento, que busca principalmente el resarcimiento de los perjuicios causados con el hecho constitutivo del mismo.

Entonces, el estado de incumplimiento de las obligaciones, como ya se ha dicho, implica que para el acreedor de las mismas su ejecución se ha hecho imposible por el vencimiento del plazo esencial o contractual, o porque en ausencia de la relevancia del mismo en su realización material, se han convertido en inútiles para el acreedor. No obstante, debe decirse que el incumplimiento contractual también opera cuando las obligaciones se han ejecutado en el plazo pactado, pero de forma imperfecta por parte del deudor respecto de los lineamientos dados por el acreedor, o por aquellos propios de la naturaleza de la prestación. En efecto, la legislación colombiana trata al fenómeno de incumplimiento contractual como la tipificación de una situación alteradora de las proyecciones iniciales del contrato por medio de una actitud negligente y voluntaria del deudor de la prestación que desencadena una reacción del ordenamiento jurídico de reproche frente a dicha violación del contrato.

Para poder hablar de incumplimiento de alguno de los cocontratantes dentro de la relación económica bilateral que los involucra, debe partirse de la premisa de la existencia de obligaciones impuestas por la ley y de estipulaciones propiamente contractuales, incluidas en el pacto por decisión consensual en aplicación del artículo 1602 del Código Civil, como aplicación de la fuerza obligatoria del contrato y los principios de

338

0141

autonomía de la voluntad, buena fe y reciprocidad de prestaciones. Para el caso que nos ocupa, no es absolutamente relevante el estudio de la primera categoría, lo cual reduce nuestro análisis a las obligaciones puramente contractuales, en las que prima el principio de autonomía de la voluntad como manifestación suprema de la intención de las partes respecto de las prestaciones a ejecutar como del procedimiento idóneo para la satisfacción de las mismas.

Entonces, a partir de estas consideraciones, se puede concluir desde un principio que el consentimiento libre del concesionario frente a los aspectos regulados en el contrato permite deducir una voluntad consciente sobre lo que se está acordando, no pudiendo alegarse en etapa posterior ninguna circunstancia que atente contra la misma, en perjuicio de su cocontratante ni del desarrollo del contrato en general. La institución de los contratos está indisolublemente ligada con la autonomía de la voluntad, al punto que un elemento necesario para la existencia y validez de los negocios jurídicos es la voluntad de las partes en la celebración del contrato¹. Por consiguiente, la autonomía de la voluntad es un postulado perfectamente aplicable al contrato estatal, con los límites dados por el orden público y la ley².

De acuerdo con lo expresado por la doctrina, el incumplimiento implica el acontecimiento voluntario que pone en movimiento las normas positivas para producir un efecto jurídico, que se concreta en el nacimiento de la obligación a cargo de la Administración de reparar el daño antijurídico padecido por su colaborador privado³. Esto, en términos únicamente contractuales, se traduce en la ausencia de ejecución de las prestaciones a su cargo que componen el objeto de la

¹RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 341.

² "La autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la Ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de febrero de 2000, Expediente 16.394.

³RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 508.

obligación y que se enmarcan en unas circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar acordadas con el contratista. De otro lado, tratándose de incumplimiento del cocontratante de la Administración, se parte de igual conducta, y ante ésta se requiere la imposición de una sanción por la entidad estatal contratante, entendida como una reacción del ordenamiento jurídico positivo para reprimir la conducta reprochable del contratista que se "*desencadena cuando se presenta el incumplimiento de una obligación imputable al CONSORCIO, que constituye una amenaza a la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos*".⁴

Así, para poder llegar a esta grave conclusión para la economía del contrato, es necesario analizar a fondo el contenido del mismo, tanto de las condiciones de contratación como del acuerdo definitivo entre las partes, de tal forma que no quede duda alguna respecto de la violación de la *lexcontractus*. Teniendo en cuenta que se trata de un contrato bilateral y conmutativo, la carga de responsabilidad por incumplimiento puede estar en cabeza de cualquiera de los cocontratantes, caso en el cual corresponde a éste asumir las consecuencias de su desobediencia frente a las estipulaciones contractuales, que muchas veces pueden perjudicar no solamente a la entidad pública, sino también al mismo colaborador; y en este punto es primordial el análisis de las cláusulas del contrato como manifestación de la voluntad expresa e inequívoca de las partes.

Por último, debe decirse que el deudor estará en estado de incumplimiento cuando el interés del acreedor en la ejecución ha desaparecido, bien porque el plazo para su ejecución ha vencido, o porque su realización no se compadece con lo contractualmente acordado, y lo único que pretende reclamar de su deudor incumplido es el equivalente pecuniario de la obligación por su ejecución inoportuna, junto con la indemnización de perjuicios causados por la

⁴*Ibidem*, p. 356.

340

0148

acción retardada del obligado a la prestación, los cuales van más allá de la demora en la ejecución de lo querido y pedido por el acreedor y prometido por el deudor, ya que se involucran los daños externos a la relación y que se deriven de la vicisitud en el cumplimiento de la misma.

En este orden de ideas, para poder hablar de incumplimiento de la obligación, es necesario que el deudor haya superado los estadios de retraso y mora, si se trata del vencimiento del plazo natural o contractual para su realización, o que se haya materializado de forma adversa a las previsiones contractuales y aquello que por naturaleza le corresponde, y en todo caso, que haya pasado al campo en el cual el interés del acreedor en la realización de la prestación, aunque sea de forma tardía, ya no existe, configurándose en este momento el objeto de una pretensión judicial de incumplimiento, que busca principalmente el resarcimiento de los perjuicios causados con el hecho constitutivo del mismo.

Entonces, si el acreedor no ha manifestado su intención de esperar la ejecución de la obligación por parte del deudor, o ya se ha creado un perjuicio por la ejecución imperfecta de la misma, y se configura la inutilidad para los intereses del acreedor o la imposibilidad material o jurídica de su acometimiento, se estará ante un típico caso de incumplimiento contractual, en los términos anteriormente explicados, de manera que el acreedor, con el fin de precaver un perjuicio mayor al propio de la no ejecución oportuna de las prestaciones a cargo del deudor, puede adoptar las medidas necesarias, bien sea interviniendo de forma directa en el contrato, o buscando la ayuda de un tercero, y en todo caso, los costos derivados de tales medidas deberán ser cancelados por la parte incumplida dentro de los perjuicios propios del fenómeno de incumplimiento del contrato.

341

0144

Ahora bien, ha sido un criterio tradicional de la doctrina y jurisprudencia colombianas considerar el fenómeno de incumplimiento del contrato estatal como un factor determinante de rompimiento del equilibrio económico del mismo –numeral 1º artículo 5º, Ley 80 de 1993-, aunque se trate de supuestos completamente diferentes, ya que por éste se altera de forma sustancial la ecuación objetiva de las prestaciones entre las partes, lo que, la mayoría de las veces, produce un perjuicio económico al contratista, el cual por reglas de buena fe, equidad y protección del patrimonio de los administrados, debe ser subsanado por la Administración Pública, en caso de ser ésta la responsable del daño causado⁵. Pero para poder llegar a esta grave conclusión para la economía estatal, es necesario analizar a fondo el contenido del contrato, tanto del pliego de condiciones como del acuerdo definitivo entre las partes, de tal forma que no quede duda alguna respecto de la violación de la *lexcontractus* por parte de la entidad contratante.

Pero además, teniendo en cuenta que se trata de un contrato bilateral y conmutativo, la carga de responsabilidad por incumplimiento también puede estar en cabeza del contratista de la Administración, caso en el cual corresponde a éste asumir las consecuencias de su desobediencia frente a las estipulaciones contractuales, que muchas veces pueden perjudicar no solamente a su contratante, sino también al mismo colaborador. En este punto es primordial el análisis de las cláusulas del contrato como manifestación de la voluntad expresa e inequívoca de las partes.

Por su parte, el principio del equivalente económico surge en los contratos administrativos, como una exigencia de garantía para el

⁵Así lo afirma DÁVILA VINUEZA, al decir que "*Es entendible que de esa manera lo haya dispuesto porque lo incumplimientos de obligaciones implican cambios de las condiciones tenidas en cuenta para la ejecución del contrato, fundamento teórico de la ecuación contractual, e incluye mayores costos para el contratista...Esa circunstancia no se opone a que el incumplimiento de una obligación propicie el nacimiento de la teoría de la responsabilidad contractual*". LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 499 y ss.

342

0145

contratista frente a los poderes exorbitantes de la Administración⁶. La teoría del equilibrio económico ha sido recogida en la normativa colombiana con una consagración expresa en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, al decir éste que en los contratos estatales debe mantenerse la igualdad entre los derechos y las obligaciones pactados por las partes al momento de celebrarse el contrato, teniendo en cuenta los parámetros de la licitación o contratación directa y, por otra parte, es un principio que cuenta con amplio desarrollo en la doctrina y jurisprudencia colombianas, al reconocerse para el contratista el derecho de mantener intangible su remuneración cuando por causas no imputables a él se alteren las condiciones financieras del contrato originalmente celebrado. En este punto anota LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA:

El presupuesto necesario para la existencia o no de la ruptura de la ecuación contractual debe partir necesariamente de las condiciones e hipótesis tenidas en cuenta para la ejecución, así como de las existentes alrededor de ellas, pues constituyen el extremo de comparación con las reinantes al momento de sucederse la situación que se plantea como generadora de la ruptura. De tal comparación debe resultar la alteración o no de la ecuación...

La consagración del principio de la ecuación financiera constituye principalísima respuesta a la innegable desigualdad que afecta al contrato estatal y que se puede plantear desde diferentes planos.⁷

De igual forma, RODRIGO ESCOBAR GIL explica la naturaleza del equilibrio económico así:

La equivalencia económica del contrato es la garantía que el Derecho le otorga a la órbita patrimonial del contratista, como un justo límite a la supremacía que ostenta la Administración Pública en sus relaciones

⁶ANDRÉ DE LAUBADÉRE. *Traité theorique et pratique des contrats administratif*, t. II. París, 1956. Mise à Jour, 1959. p. 33.

⁷LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed., Bogota, Legis Editores, 2003, p. 499 y ss

343

0146

jurídicas, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público. De esta suerte, la equivalencia es la contrapartida a favor del contratista de las prerrogativas de la Administración y de la mutabilidad del contrato administrativo, lo que le ofrece a los particulares la suficiente seguridad jurídica para intervenir en la gestión contractual pública, puesto que sin esta garantía no tendría ninguna vigencia práctica esta institución, en razón a que nadie estaría dispuesto a participar en esta clase de relaciones jurídicas si la Administración Pública pudiera modificar unilateralmente el contrato sin respetar la remuneración pactada⁸.

Lo anterior tiene pleno sustento en nuestra jurisprudencia, la cual en repetidas ocasiones ha afirmado que *"la figura de equilibrio financiero del contrato no ha sido extraña ni a nuestra jurisdicción, ni a nuestra jurisprudencia. Sin duda alguna las partes al contratar son conocedoras del beneficio resultante del contrato: conseguir los fines esenciales del Estado, para la entidad pública contratante; la obtención de un provecho económico para el contratista. Dentro de este marco habrá pues, de moverse la regulación financiera del contrato y con miras a mantener su equilibrio económico, se ha de procurar la protección de las partes, y especialmente para el caso del contratista como colaborador que es del Estado, se deben tomar las medidas necesarias para lograr dicho mantenimiento, de tal forma que pueda conservar el beneficio económico que lo llevó a contratar. La ecuación financiera del contrato es una figura de imperativo legal, que se aplica con independencia de que las partes la hubieren pactado o no...Es el propio legislador quien fija reglas tendientes a procurar el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato conmutativo cuando éste se rompa en aquellos casos no imputables al contratista, por distintas circunstancias⁹.*

⁸RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 401

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de octubre de 1996, Expediente 11.632.

El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista, dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables¹⁰.

Ya hemos expuesto cómo la legislación colombiana trata al fenómeno de incumplimiento contractual como una causal más de rompimiento de la ecuación financiera en los contratos estatales, que se trata básicamente de la tipificación de una situación alteradora de las proyecciones iniciales del contratista por medio de una actitud negligente y voluntaria de la Administración que desencadena una reacción del ordenamiento jurídico de reproche frente a dicha violación del reglamento contractual. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa ha reconocido que existe una tajante diferencia entre ambos fenómenos, al afirmar lo siguiente:

Desde luego que en materia contractual una cosa es la antijuricidad del daño por causa ilícita, propia del incumplimiento, y otra bien distinta la que recoge el texto transcrito (art. 27 Ley 80 de 1993), que propende por mantener el equilibrio financiero cuando sobrevengan circunstancias no imputables al contratista. En este punto la jurisprudencia enfatiza en la necesidad de elaborar en cada caso un juicio de imputabilidad que permita encontrar un título jurídico, vale decir, la imputatiojuris además de la imputatiofacti.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de abril de 2002, Expediente 13.349.

345

0148

Sobre el particular, dijo la Corte Constitucional, evocando jurisprudencia de esta sección, que "...puede haber casos en materia contractual que implican un daño antijurídico sin que se pueda establecer la existencia de una conducta antijurídica de la administración. Así, sin que medie una conducta contraria a derecho de la administración, puede ocurrir que se incremente el patrimonio de la entidad pública y se empobrezca correlativamente el del contratista, en virtud de una mayor cantidad de obra que la pactada por razones de interés general. (Sentencia C-333, agosto 1 de 1.996, Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Puede decirse entonces que en la búsqueda de la ecuación financiera los reclamos del contratista se juzgan con referencia a la ley y las condiciones económicas de su ejecución... mientras que el mero incumplimiento supone un juicio sobre la conducta de las partes pero con relación a las cláusulas del contrato y lo ejecutado por los contratantes¹¹.

Es así como, a pesar de encontrarse en una misma norma, el desequilibrio financiero del contrato estatal y el incumplimiento se constituyen en fenómenos completamente diferentes, principalmente por el elemento subjetivo que debe encontrarse en la violación de las normas contractuales determinado por el aspecto volitivo del mismo frente al deber de reparación por cualquier circunstancia alteradora del pacto inicial externa o no a las partes, pero en todo caso completamente ajena al comportamiento incorrecto de quien haya resultado afectado –por lo general el contratista, lo que no excluye la posibilidad de que sea la Administración-.

Es por esto que deben separarse ambas situaciones, de tal forma que no es posible alegar que el incumplimiento, además de las consecuencias naturales del mismo, produzca un restablecimiento económico de la situación originalmente acordada entre las partes, por cuanto se estaría compensando dos veces el mismo hecho en la medida en que el incumplimiento conlleva una serie de medidas lógicas

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de mayo de 1999, Expediente 14.514.

316

0149

para restablecer el interés del acreedor que ha sido perjudicado por la conducta negligente del deudor. No puede entenderse que, además de ello, se deba una nueva reparación por la alteración de la ecuación financiera, la cual sólo debe ser atendida en la medida en que se produzcan circunstancias extraordinarias e imprevisibles que pongan a la parte en una situación de excesiva onerosidad y muy difícil cumplimiento de sus obligaciones.

B. Sobre la estipulación por otro y, especialmente, sobre su ratificación.

Encuentra el Tribunal que el principal argumento de defensa de la parte Convocada frente a las pretensiones y solicitudes de la demanda arbitral incoada por la Convocante, consiste en el hecho de que la obligación de pago de la parte de la comisión de éxito que ésta reclama se encuentra en cabeza de los contratistas de los contratos de concesión Nos. 01, 02 y 03, y que cualquier reclamación sobre su pago debe hacerse a estos concesionarios en la medida en que se encuentra plenamente identificada la figura de la estipulación por otro en los términos del artículo 1507 del Código Civil, y que en tal medida, la Convocada cumplió el contrato de consultoría No. 460 de dos de junio de dos mil nueve (2009), pues logró la ratificación de dichas estipulaciones de pago de la comisión de éxito por parte de los concesionarios.

Al respecto, el Tribunal considera que le asiste la razón a la parte Convocada en cuanto a que el hecho de que la obligación de pago de la comisión de éxito pactada en el contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) haya quedado en cabeza de los concesionarios de los contratos estructurados por la Convocante se traduce en la materialización de la figura jurídica de la promesa por otro, que según el artículo 1507 del Código Civil, consiste en que *"Siempre que uno que los contratantes se compromete a que por una*

tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa”, y en que la Convocada obtuvo la ratificación de dicha promesa de pago de la comisión de éxito de los concesionarios tanto al momento de la presentación de las propuestas por parte de éstos en los procedimientos de selección correspondientes, como al momento de celebrarse los contratos de concesión.

Teniendo en cuenta lo anterior y no obstante ello, el Tribunal considera esencial realizar algunas consideraciones respecto de la ratificación de la estipulación a que se refiere el artículo 1507 del Código Civil, y que se complementa con los artículos 1753 a 1755 de la misma normatividad por cuanto, a pesar de encontrarse las mismas en la regulación sobre nulidad y rescisión, éstas contienen reglas generales sobre la ratificación en el marco de los negocios jurídicos, haciéndolas aplicables a casos como el propio de la ratificación de la estipulación por otro.

Sea lo primero advertir por este Tribunal que en diversos textos se establece la necesidad de la ratificación por parte del tercero cuando se presente la figura de la estipulación por otro. Así, en la doctrina podemos encontrar los siguientes ejemplos:

La promesa de ratificación de un tercero. [...] Si se da a esta expresión su sentido más amplio, prometer la ratificación de un tercero, *es prometer que este tercero consentirá en obligarse*. Bajo la forma técnica que reviste en la práctica, es la *promesa de que un tercero ratificará el contrato concluido por su cuenta [...]*. Supone que una persona ha tomado la iniciativa de *representar* a un tercero en la conclusión de un contrato *sin haber recibido la habilitación previa*. La eficacia de la representación depende entonces de la ratificación que dará el tercero. La promesa de

340

0151

ratificación es el compromiso de conseguir esa ratificación. Es una especie de pacto adjunto a un contrato principal y tiene su justificación en el hecho de que el contrato no reúne los elementos necesarios para su perfección¹².

El contrato, por el cual se promete la *prestación de un tercero es también válido*. Pero, naturalmente, el tercero no está obligado, sino *sólo el promitente* a una de estas dos cosas, según el sentido del contrato: o bien a molestarse en procurar por todos sus medios que el tercero haga la prestación (contrato de procurar) o a provocar la prestación del tercero (contrato de garantía). En virtud de gestiones diligentes, aunque sin resultado, el promitente se libera en el primer caso, mas no en el segundo. Si la prestación del tercero se hace imposible sin culpa del promitente, por ejemplo, si fallece o queda ciego el pintor del cual había prometido unos cuadros (todavía por pintar) un comerciante de obras de arte, el promitente se libera también en este caso conforme a las disposiciones generales sobre imposibilidad de la prestación¹³.

[...] Prometer. De acuerdo con el artículo 1.507, *siempre que uno de los contratantes se comprometa a que por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.*

En el estudio del artículo 1.506, dijimos que tanto éste como el 1.507, se refieren a casos en que quienes contratan, saben que el que estipula a favor de un tercero, no es representante de éste, pero con esta diferencia. En el caso del artículo 1.506 el que estipula no adquiere compromiso ninguno para sí mientras que en el artículo 1.507, contrae el de que el tercero dará, hará o no hará

¹²GEORGES RIPERT Y JEAN BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil, Según el tratado de Planiol, Las obligaciones*, 1ª parte, La Ley, p. 371.

¹³LUDWIGENNECCERUS et al, *Tratado de derecho civil, Segundo Tomo, Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1954, p.174.

341

0152

aquello a que se refiere el contrato. De esto resulta que luego que éste se perfecciona impone una obligación al promitente o estipulante. El tercero no contraerá ninguna sino cuando ratifique el contrato. Por analogía con el artículo 1.506, puede decirse que su ratificación puede ser expresa o tácita, y si esto es aceptable, también lo son las observaciones que hicimos en dicho artículo en cuanto a lo que constituyen estas dos clases de aceptación y respecto de la forma de la expresa.

La obligación del estipulante consiste en pagar perjuicios a la persona con quien se contrata, si el tercero no acepta el contrato. La Corte Suprema, en sentencia de casación, de 16 de diciembre de 1890 (G.J. año 5.º, 386, 2.ª), dice: "De acuerdo con el artículo 1.507, quien promete por otro, no responde de la obligación prometida, caso de no ratifica el tercero, sino de daños y perjuicios. Así, si en un contrato de arrendamiento de servicios se promete el pago del precio por un tercero y éste no ratifica, no puede demandarse al promitente por dicho precio; hay que demandarlo por perjuicios"¹⁴.

Así mismo, se pone de presente que la jurisprudencia también ha manifestado que la obtención de la ratificación no es requisito suficiente para liberar al promitente por otro de responsabilidad alguna frente a su cocontratante, en los siguientes términos:

Siguiendo la doctrina general en torno a la estipulación por otro regulada en el artículo 1507 del Código Civil, esta figura supone que el promitente por otro contrae una obligación de hacer frente a la parte con respecto a la cual hace esa promesa, que no se reduce a la mera gestión de procurar la realización de lo prometido, sino que es una genuina obligación de resultado, por virtud de la cual tiene el deber de conseguir que el tercero satisfaga lo prometido, pues de no ser así incumple su ofrecimiento y debe reparar los perjuicios que acarrea el incumplimiento de una obligación contractual

¹⁴FERNANDO VÉLEZ. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, Tomo VI, Segunda Edición, Imprenta París-América, P. 26.

350

0153

Bajo la perspectiva anterior, si ni Financo S.A. ni Conagregados Ltda. entregaron suma alguna a los demandantes, ello significa que "... la obligación de resultado que contrajo el banco fue incumplida por él, y que por lo tanto es responsable de los perjuicios que en el presente proceso se le reclaman", tanto más, cuando para la época en que dichas sociedades expresaron su voluntad de no pagar la suma referida, funcionaban y desarrollaban su actividad social bajo el control absoluto del banco, como se demostró precedentemente, subordinación por fuerza de la cual no resulta dable pensar que la negativa de aquellas se produjo a espaldas del establecimiento bancario, sino por el contrario que éste utilizó su prepotencia en la vida social de éstas para impedir el cumplimiento de la prestación aludida, desentendiéndose de lo que expresa y tácitamente le incumbía en consonancia con el principio de la buena fe contractual contenido en el artículo 1603 del Código Civil.

De considerarse que la actuación de las sociedades fue autónoma no resultaría el banco menos responsable, pues en tal hipótesis habría incurrido "...en culpa in omitiendo que lo llevó a incumplir la obligación de hacer y de resultado de que se hizo deudor con su estipulación por otro de la cláusula 17^a¹⁵.

Parte de la doctrina ha acogido la tesis defendida por la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, MARTA ELENA PÁJARO MORENO sostiene lo siguiente:

Muchos ven en la ratificación del contrato o en la ejecución del hecho por parte del tercero, el resultado que el promitente se comprometió a alcanzar frente al estipulante, por lo que deberá indemnizar los daños y perjuicios que cause si el tercero no realiza el comportamiento prometido; igualmente, éste estará exento de responsabilidad como consecuencia de la imposibilidad que

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de octubre de 2001, Expediente No. 5851.

351

0154

sobrevena a la prestación por una causa ajena que no le sea imputable.

Sobre este punto algunos autores dan particular importancia al incumplimiento por falta de voluntad del tercero, ya que éste podría llegar a considerarse como un hecho completamente ajeno al deudor que daría lugar a exonerarlo de responsabilidad. No obstante, quienes ven en la promesa del hecho de un tercero a cargo del promitente, concluyen que el acto volitivo del tercero es objeto mediato de la prestación, motivo por el cual cuando ésta sea la causa que determine el incumplimiento del deudor, él deberá responder mediante la reparación del daño ocasionado al acreedor¹⁶.

Por último, vale la pena resaltar que otro sector de la doctrina ha señalado que en la figura de la estipulación por otro el promitente asume una obligación de garantía, y que al presentarse la contingencia de la falta de ejecución del hecho por parte del tercero, el promitente deberá pagar la indemnización:

Emilio Betti explica que en ciertas ocasiones la expectativa del acreedor no se halla encaminada a obtener una utilidad que se pueda graduar por una medida de diligencia o por el resultado útil de un obrar; en ciertos eventos el acreedor busca seguridad y tranquilidad, de modo que pretende del deudor una cooperación virtual, valuable en una medida de buena fe y que consiste en una actitud idónea que brinde al titular del crédito confianza y certeza.

Por este motivo, antes de que se verifique el riesgo, la prestación a cargo del deudor no corresponderá a la definición que se da de la misma en sentido técnico y tradicional, ya que consistirá en una garantía por virtud de la cual si llega a realizarse la contingencia, el deudor deberá pagar una indemnización al acreedor que compense el daño ocasionado. Esta clase de prestaciones son

¹⁶MARTA ELENA PÁJARO MORENO. *La relatividad del contrato y los terceros*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, Pp. 158 y 159.

352

0155

características de los contratos de seguro; no obstante, es posible encontrar obligaciones de garantía en muchos otros contratos, como por ejemplo en la compraventa, en donde las obligaciones de sanear la evicción de la cosa y de responder por los vicios ocultos de la misma se presentan claramente como obligaciones de garantía.

De esta manera, en la promesa de un hecho ajeno, la prestación a cargo del promitente consistirá en la asunción del riesgo que reside en la falta de ejecución del hecho por parte del tercero. Según esta postura, el objeto de la obligación del promitente sería, por una parte, la garantía y seguridad proporcionadas, y por otra, la obligación de pagar la respectiva indemnización, de suerte que siempre el tercero no lleve a cabo la conducta, el promitente deberá pagar la indemnización¹⁷.

Es así como, para el Tribunal resulta claro que en virtud de la estipulación por otro, al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** le correspondía obtener la ratificación por parte de los respectivos concesionarios, y que, como se desprende de lo manifestado por las partes, en el caso concreto el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** efectivamente obtuvo dicha ratificación por parte de sus contratistas; sin embargo, debe tenerse en cuenta que por acuerdo entre la parte Convocada y estos terceros, los contratos de concesión en los cuales se encontraba la ratificación de dicha estipulación de pago en favor del consultor Convocante se terminaron y liquidaron, y que en consecuencia, la ratificación ha desaparecido del mundo jurídico, pues como bien lo establece el artículo 1753 del Código Civil, *“Para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica”*, de modo que como en derecho las cosas se deshacen como se hacen, al cumplirse con la formalidad de terminación –anticipada- y liquidación de los contratos de concesión por escrito en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 11 de la Ley 1150 de

¹⁷IBÍDEM, pp. 161 y 162.

353

015E

2007, con igual ritualidad que la celebración de los mismos, de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, no cabe duda alguna para el Tribunal de que la ratificación de la estipulación ha terminado, no produciendo desde el momento de su configuración efecto alguno ni para las partes –entidad estatal y concesionarios- ni para el tercero acreedor de la prestación prometida -consultor-.

Es por lo anterior, y con base en las pretensiones y argumentos expuestos en la demanda arbitral, que el Tribunal entiende que lo que persigue el CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA en la presente controversia no es obtener del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA el pago de la comisión de éxito como si ésta fuera una obligación a su cargo, poniéndolo en la posición de deudor de la prestación, sino el resarcimiento de los perjuicios causados por la parte Convocada a la Convocante como consecuencia de la terminación de los contratos en los que se encontraba la estipulación de pago de la comisión de éxito antes de que se causara el remanente de la misma y con esa precisa intención, lo que se traduce en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales en el marco del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) por el hecho de no haberse mantenido la ratificación del pago de dicha comisión con ocasión de estas terminaciones y liquidaciones .

Siendo ello así, le corresponde a este Tribunal establecer si en la situación precisa, y dado que se liquidaron los contratos en virtud de los cuales se ratificó la estipulación por otro del pago de la comisión de éxito en favor de la Convocante, existe alguna obligación en cabeza del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**. Para estos efectos, se considera oportuno realizar un análisis de las obligaciones a cargo de la Convocada a la luz del principio de la buena fe.

354

0157

C. La buena fe como principio general del derecho y como principio específico de la contratación estatal.

Para efectos de dirimir esta controversia, el Tribunal considera de la mayor importancia realizar un análisis del comportamiento de las partes, y en particular del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, a la luz del principio de la buena fe.

En efecto, en el artículo 83 de nuestra Constitución se establece que *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas"*, y además de tener consagración constitucional, se encuentra dentro del catálogo de principios con fundamento en los cuales se debe desarrollar la contratación estatal, al señalarse en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios generales del derecho, dentro de los cuales se encuentra el de la buena fe, y en el artículo 28 al establecerse que la buena fe es uno de los criterios de interpretación de los contratos del Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional, al analizar la incidencia de dicho principio en los contratos estatales, ha señalado lo siguiente:

En el ordenamiento jurídico colombiano, la buena fe es reconocida como un principio general de derecho a través del cual se adopta el valor ético y social de la confianza. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 83 de la Carta Política y, por su intermedio, se le impone a los particulares y a las autoridades públicas el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan -lealtad y honestidad-, estableciéndola como presunción en todas las gestiones que "aquellos adelanten ante estas".

250

0158

La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público. De un lado, por cuanto permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados.

En materia contractual, igual a lo que ocurre con el principio de reciprocidad, la buena fe comporta entonces uno de los criterios de imputación dentro de la teoría de la equivalencia de los contratos estatales y, por ese aspecto, se convierte en la causa jurídica de la que surge la obligación para la Administración Pública de reconocerle al contratista los mayores costos y las pérdidas que haya podido sufrir, como consecuencia del surgimiento de algunas contingencias extraordinarias o anormales que alteran la ecuación financiera prevista en el acuerdo de voluntades.

*Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, **coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico (negrilla fuera de texto).** Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito*

256

0159

específico de mantener su equivalencia económicas¹⁸.

*El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. **En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado (negrillas fuera de texto).** Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina, son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios.*

Así las cosas, se extrae que los principios de reciprocidad de prestaciones y de buena fe en materia contractual, constituyen claros criterios de imputación que persiguen hacer realidad los postulados constitucionales de la justicia conmutativa y de la confianza legítima, garantizando el derecho de los contratistas a ser indemnizados por los daños antijurídicos que sufran como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las entidades públicas; indemnización que, en todos los casos, comprende el pago de intereses de mora¹⁹.

El anterior pronunciamiento no es en absoluto aislado. En otra importante sentencia, la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

El artículo 83 de la Constitución establece:

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 1996, Expediente 8830.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C – 892 de 22 de agosto de 2001.

"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

La buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, se pueden destacar las siguientes:

a- La buena fe es una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Sobre esto ha dicho Franz Wieacker: "Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe"²⁰.

b- La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico (negrilla fuera de texto).

c- La buena fe se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.

Para Karl Larenz la buena fe no es un concepto sino un principio, formulado con la forma exterior de una regla de derecho. El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque "...poder confiar, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los

²⁰FRANZ WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, en Cuadernos de Civitas. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1.986, P. 19.

250

0161

*hombres, y por tanto, de paz jurídica*²¹.

La buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos. Así pues, el querer del Constituyente fue consagrarlo en el artículo 83 de la Constitución como una verdadera garantía.

En la ponencia presentada a la Asamblea Nacional Constituyente, los ponentes consideraron que la norma (artículo 83), tiene dos elementos fundamentales:

*"Primero: que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. **En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo ante una limitante de los excesos y la desviación del poder (negrilla fuera de texto).***

Segundo: se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a

²¹KARL LARENZ. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Monografías de Civitas. Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1.991. P. 91.

3509

0162

proteger¹²².

Con la constitucionalización del principio de la buena fe, se logra que éste se convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia.

Vivimos en un mundo en el que se ha olvidado el valor ético de la confianza. Y como ha dicho Larenz "una sociedad en la que unos desconfían de otros se sumergiría en un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de paz dominaría la discordia; allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo"¹²³.

Hoy en día la administración pública nos ofrece un panorama nada alentador. A medida que se agiganta y proliferan sus organismos y dependencias, se hace más fría, más inhumana. Por lo tanto humanizar las relaciones es tarea de todos, actuando con la lealtad, honestidad y confianza que los demás esperan de nosotros. Ello es, en definitiva, lo que el principio de la buena fe comporta.

La aplicación del principio de la buena fe ha sido mirada con desconfianza por algunos. Sin embargo, como lo ha dicho Jesús González Pérez a propósito de la aplicación del principio de la buena fe por parte de los jueces, él "no supone la quiebra de la seguridad jurídica ni el imperio de la arbitrariedad ni disolver la objetividad del derecho, que los jueces, al enfrentarse en cada caso concreto con la actuación de la Administración pública y de los administrados, tengan siempre muy presente, entre los principios generales aplicables, aquel que protege el valor ético de la confianza. Interpretando las normas y actos en el sentido más

²²Cfr, Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia Nro. 24. Título: Buena Fe. Autores: ALVARO GÓMEZ HURTADO Y JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO. Gaceta Constitucional número 19, marzo 11 de 1.991. P. 3.

²³KARL LARENZ. *Derecho Civil*, Tomo I. Madrid. 1.978. Página 59.

conforme al mismo, y reaccionando por los medios adecuados frente a cualquier lesión que pueda sufrir, a fin de restablecer el orden jurídico perturbado²⁴.

Así, se tiene que con base en los pronunciamientos anteriormente expuestos, la buena fe como postulado supremo tiene plena aplicación en el ámbito de los contratos. En este sentido, la doctrina define la buena fe contractual como "*un principio general del Derecho, que evoca las ideas de corrección, lealtad, rectitud y cooperación entre las partes, y opera de múltiples formas en la relación contractual, a saber, como un patrón de conducta a seguir por las partes, integrando lagunas contractuales, y de modo muy excepcional modificando o incluso extinguiendo la prestación debida. Así, la buena fe se nos presenta como un concepto autónomo, y que por lo tanto posee una significación propia²⁵.*"

Ahora bien, este postulado de la buena fe, aplicable íntegramente a las relaciones contractuales de principio a fin, también encuentra plena justificación en el ámbito del Derecho Administrativo, del cual hace parte la contratación del Estado. Así lo ha manifestado la doctrina en los siguientes términos:

En la regulación que hace el Código Civil de la naturaleza y el efecto de las obligaciones –se ha dicho- aparecen supuestos tipificados por el Ordenamiento y configurados como normas que originariamente proceden del campo de la *fides*, de la voluntad privada dentro del amplio campo de la autonomía como uno de los fundamentos primordiales del Ordenamiento y que hacen posible la aplicación por el intérprete del principio de la buena fe en sentido objetivo, al suministrar criterios orientadores, criterios orientadores que despliegan sus efectos más allá del estricto ámbito del Derecho civil y que se extiende a l de las relaciones jurídico – administrativas.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T – 469 de 17 de julio de 1992.

²⁵ CRISTIÁN BOETSCH GILLET. *La buena fe contractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 163.

361

0164

[...]

En derecho administrativo el ámbito de aplicación del principio en este aspecto no puede ser más amplio. Cualquiera que sea el tipo de obligación, cualquiera que sea la naturaleza de la prestación y la persona obligada, no sólo deberá realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Como dice la S. de 30 de septiembre de 1991 (Ar.6075), «la buena fe contractual ha de ser relevante como buena fe de la construcción y el principio general que disciplina los contratos, en el cuanto el Cc, en su artículo 1258, dispone que ellos obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la ley, al uso y a la buena fe»²⁶

Entonces, es claro que la buena fe tiene unas exigencias mayores que la simple corrección o la creencia de actuar conforme a derecho, lo cual hace parte del concepto de la buena fe en sentido subjetivo, pues ella impone verdaderos deberes objetivos para las partes, tal como se expondrá en esta providencia. Así, pese a que en la Ley 80 de 1993 no se desarrolle de manera extensa el principio de la buena fe, en nuestro ordenamiento jurídico existen diversas disposiciones que lo consagran y que resultan aplicables al caso concreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 a título de incorporación normativa y no de simple remisión.

En este sentido, tenemos que el Código Civil en su artículo 1603 consagra que *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella"*. Adicionalmente, dicha disposición fue reproducida en el artículo 871 del Código de Comercio, que establece que *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena*

²⁶JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Cívitas Ediciones, 2004, pp. 197 y 198.

302

0165

fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural”.

Como se desprende de las anteriores disposiciones, el análisis de la conducta contractual parte de las obligaciones contraídas por los contratantes, pero no se limita a éste, ya que debe tenerse en cuenta la naturaleza de las obligaciones conforme a la ley, la costumbre o la equidad natural, de manera que estas disposiciones evidencian que la buena fe implica una carga de diligencia y probidad de las partes, mayor a la simple corrección en el comportamiento.

La doctrina más autorizada en la materia así lo ha advertido, en los siguientes términos:

En el derecho de obligaciones del presente, y no sólo en lo que hace a las derivadas de contrato o, más ampliamente, de negocio jurídico, se resalta el deber de lealtad y corrección, que en ocasiones es también de colaboración, que pesa parejamente sobre ambos sujetos de la relación crediticia. Indudablemente el deudor debe obrar de buena fe en la ejecución de la prestación, pero no es menos cierto que el acreedor, a su turno, debe obrar con lealtad. Es lo dispuesto por el art. 1175 *codicecivile*: “Deudor y acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección”. Prevención que va más allá de la regla tradicional de los códigos de que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”, o de que “el deudor debe ejecutar la prestación de buena fe”, y corresponde a una postura propia de la cultura jurídica y política contemporánea, que mueve a ver las relaciones obligatorias con un enfoque solidarista. De ese modo, dichos deberes (entre ellos los “deberes de protección”, *Schutzpflichten*) pasan a ser parte fundamental, común de toda obligación, por fuerza de la cláusula general *ex lege*, cuyo alcance preciso se singulariza en cada circunstancia, a tiempo que constituyen un límite, y de suyo un temperamento, a la pretensión del acreedor (exigibilidad, alcances, magnitud), al

363

0166

imponer el equilibrio de su interés legítimo con la exposición del deudor, y un talante más consonante con la función social de la colaboración intersubjetiva²⁷.

Como se puede apreciar, la doctrina ha hecho énfasis en que en la actualidad el principio de la buena fe exige no solamente el hecho de obrar con corrección, sino que adicionalmente implica el deber de obrar con lealtad, de forma coherente y consonante con la mecánica de las relaciones jurídicas y sociales.

Empero, la doctrina no se limita a analizar el principio de la buena fe exclusivamente a partir de la creencia y corrección que deben observar las partes, sino que se analiza este postulado en dos dimensiones, una de orden subjetivo y otra de orden objetivo, así:

1. Buena fe subjetiva.

La expresión "buena fe subjetiva", que de manera general ha sido considerada como "un estado de ignorancia y error", denota un estado de conciencia, un convencimiento; y se dice subjetiva justamente porque para su aplicación debe el intérprete considerar la intención del sujeto de la relación jurídica, su estado psicológico, su íntima convicción; se trata por lo tanto de una idea de ignorancia, de creencia errónea acerca de la existencia de una situación regular, la cual se funda en el propio estado de ignorancia, o en la errónea apariencia de cierto acto, que se concreta en el convencimiento del propio derecho o en la ignorancia de estar lesionando el derecho ajeno.

En suma, la buena fe subjetiva consiste en un estado psicológico y no volitivo, cuyo substrato está fundado bien en la ignorancia o en un error. De ahí que "el comportamiento de una persona pueda ser objetivamente antijurídico; empero el derecho considera honrado y justo teniendo en cuenta la situación subjetiva en que

²⁷FERNANDO HINESTROSA FORERO. *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 111 y 112.

364

0167

su autor se encontraba. El error incide aquí en la titularidad o en la legitimidad de la propia conducta o en la legitimidad de la conducta de la contraparte”.

Debemos no obstante hacer énfasis en punto a que la buena fe subjetiva no se predica respecto “al contenido o a los efectos de la relación misma”, sino que se refiere exclusivamente a la corrección del sujeto dentro de la relación jurídica, esto es, “a la conciencia del sujeto en relación con la propia situación, o con la ajena, de la que deriva su derecho”, de no estar dañando un interés ajeno tutelado por el derecho.

2. Buena fe objetiva.

En cuanto concierne a la buena fe objetiva, se le ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones *deberes* coherentes con un modelo de *comportamiento objetivo*”, el del *bonusvir*, que se expresa a través de las reglas de la honestidad y corrección propias de dicho modelo.

De manera que este tipo de buena fe se erige en *regla de conducta* fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone *que se actúe* con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo.

(...)

En efecto, ya de tiempo atrás ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que “la concepción jurídica de la buena fe tiende a alejarse del criterio que la considera exclusivamente como la creencia de no hacer mal a nadie o de no hacer nada ilegítimo, esto es, como

365

0168

un simple hecho psicológico, de creencia, por un criterio jurídico más actuante y real", de manera que "la aplicación de este criterio a los casos particulares no reposa sobre deducciones lógicas sino sobre una apreciación de valores", en la que "la buena fe no es el producto de un razonamiento lógico; no es tampoco un objeto del saber sino una cuestión de experiencia de la vida y de sentido práctico" que impone "*considerar la bona fides como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad*".

Bajo este entendido, un parangón entre los conceptos de buena fe subjetiva y objetiva se plantea claramente cuando se señala que la buena fe objetiva "no supone la creencia o ignorancia que justifica un error -buena fe en sentido subjetivo- sino la aprobación de una conducta o proceder, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia".

(...)

A nuestro juicio la buena fe subjetiva excluye el dolo y la culpa grave, pues en el primer caso mal podría persona alguna argumentar que tiene la convicción de obrar de buena fe si ha tenido la intención de dañar derecho ajeno y por ende es consciente de haber cometido fraude, de haber obrado utilizado medios ilegítimos o viciados, pues en este caso no sólo no estará en los supuestos de la buena fe subjetiva, sino que además estará quebrantando las exigencias de la buena fe objetiva y aquí sí se estará confrontando la efectiva conducta del agente con las reglas objetivas que emanan del principio y en el caso de la culpa grave porque si bien en este tipo de culpa se excluye la intención, su gravedad la equipara al dolo.

(...)

En efecto, para que se predique la existencia de buena fe objetiva no es suficiente la conciencia de estar obrando conforme a buena fe: es necesario cumplir de manera efectiva los deberes que del principio emanan; se requiere no solo creer, sino obrar de conformidad con sus reglas, cumplir de manera precisa y eficiente con los postulados de la buena fe; no creer que se ha sido diligente, sino serlo realmente; no creer que se ha sido transparente o suministrando la información requerida conforme a buena fe, sino haberlo sido en realidad; no estimar que se ha respetado el equilibrio, sino haberlo hecho de manera el contrato en un todo lo refleje, en fin, no basta creer que se obra conforme a buena fe, sino obrar en un todo según los mandatos de la buena fe.

Si bien la buena fe subjetiva sigue "un paradigma de valoración de la conducta del agente", que consiste en corroborar *si existe la conciencia* de haber obrado conforme a buena fe, esto es, si se está en el convencimiento de actuar conforme a medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio, existe una diferencia esencial entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva, pues en esta última la conformidad con el paradigma frente al cual se valora la conducta contractual no solo se supone, no solo se está persuadido de observarlo, no simplemente se tiene la conciencia o se cree respetarlo, sino que la conducta del agente coincide en la realidad con dicho paradigma: el de la buena fe, que supone la ausencia de dolo, de fraude, de vicio, la diligencia, la transparencia, entre otras, en últimas la probidad de la conducta.

Por el contrario, tratándose de la buena fe subjetiva no se requiere que la conducta del agente sea legítima, ni libre de vicios, no es preciso verificar que tales irregularidades no existieron realmente, *basta con que en el agente se haya generado la conciencia de estar obrando conforme a derecho*. De ahí que a fin de establecer la existencia de buena fe subjetiva no se valora la conducta del agente conforme al paradigma, sino su mera conciencia, creencia o convicción de estar obrando acorde con aquél.

De manera que creer estar conforme al paradigma que emerge de los valores fundantes del principio de buena fe y estarlo realmente se erige en una diferencia radical entre los dos conceptos²⁸.

Por su parte, otro sector de la doctrina sostiene lo siguiente:

En el derecho comparado, en la doctrina y en la jurisprudencia, se ha hablado de dos tipos de buena fe: La buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La primera hace referencia a una condición particular de la persona de la cual se predica un estado psicológico por el cual se debe cuestionar si cometió una acción u omisión por ignorancia, por error, o con conocimiento de lo que sucede; la última, hace referencia a un comportamiento predicable de todos los sujetos sin consideraciones subjetivas o personales, son mandatos que se deben cumplir y se exigen sin reparo alguno.

(...)

a) La buena fe objetiva

La buena fe objetiva tiene una similitud con las normas, en la medida en que ésta se expresa en forma general y no entra a considerarse la disposición o la voluntad del sujeto. La buena fe objetiva se manifiesta como inspiradora de todo el ordenamiento jurídico, cumpliendo principalmente las funciones de integrar el ordenamiento jurídico y como elemento de interpretación de la voluntad de las partes.

La buena fe objetiva como una exigencia de un comportamiento correcto, leal y honrado, se ha elevado a norma mediante conductas a seguir por parte de los particulares y la Administración, a veces con referencias expresas a ella, y otras en las que se entiende incorporado el principio. En forma expresa

²⁸MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, No. 17, 2009.

368

0171

encontramos la buena fe como una exigencia de comportamiento para las autoridades públicas y los particulares (Art.83 C.P); para el contratista del Estado (Artículo 5 Ley 80 de 1993); para los particulares en la ejecución de los contratos civiles (Artículo 1603 del C.C) y para los comerciantes en la celebración y ejecución de los contratos (artículo 871 del C.Cio).

En forma tácita, encontramos la buena fe objetiva incorporada en normas sobre imputación de pagos, según la cual se debe hacer primero a intereses y luego a capital en caso de deberse los dos (Artículo 1653 del C.C); la excepción de contrato no cumplido, según la cual "en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos (Artículos 1609 del C.C.), el pago de intereses moratorios en caso de no haberse pactado (numeral 8º artículo 4 de la Ley 80 de 1993), entre otros, pues si bien es cierto, la norma no expresa que esta es una regla de conducta propia de la buena fe, ello se puede inferir de los anteriores postulados.

b) La buenafesubjetiva

La buena fe subjetiva, como su nombre lo indica, se manifiesta alrededor del sujeto. Aquí la actitud del sujeto es tenida en cuenta para legitimar una modificación jurídica o consolidar un efecto que, de otro modo, sin esa fuerza sub-legitimante no podría tener lugar.

La relación existente entre la buena fe subjetiva y la culpa, ampliamente expuesta por la profesora Martha Lucía Neme en su escrito "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva". Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", nos llevan a concluir que la buena fe subjetiva excluye la culpa grave y el dolo; pues, no puede esgrimirse que se ha actuado con buena fe, cuando se ha tenido la intención de lesionar un derecho

269

0172

ajeno o se ha actuado sin esta intencionalidad pero con una gravedad tal, que se equipara al dolo. Por otro lado, esta relación, nos lleva a diferenciar las dos vertientes de la buena fe subjetiva: la buena fe simple y la buena fe calificada. La primera simplemente exige que la convicción de haber actuado de buena fe, no provenga de un error de derecho; mientras que la segunda, exige una diligencia a tal grado que en virtud de ella, se llega a consolidar un derecho aparente, en virtud de un error invencible²⁹.

Esta misma distinción se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que respecto de estas dos dimensiones de la buena fe, ha señalado lo siguiente:

En efecto, la buena fe subjetiva es un estado de convencimiento o creencia de estar actuando conforme a derecho, que es propia de las situaciones posesorias, y que resulta impropia en materia de las distintas fases negociales pues en estas lo relevante no es la creencia o el convencimiento del sujeto sino su efectivo y real comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, en lo que se conoce como buena fe objetiva.

Y es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados.

²⁹LAURA SOFÍA MOSQUERA MARTÍNEZ. *La buena fe en la contratación administrativa, Relación con la buena fe en el derecho privado y su aplicación en el público*, Madrid, Editorial Académica Española, 2011, Pp. 9 y ss.

370

0173

Así que entonces, la buena fe objetiva "*que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte³⁰, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*", es la fundamental y relevante en materia negocial "*por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual*",³¹ cuestión esta que desde luego también depende del cumplimiento de las solemnidades que la ley exige para la formación del negocio.

Y esto que se viene sosteniendo encuentra un mayor reforzamiento si se tiene en cuenta además que esa buena fe objetiva, que es inherente a todas las fases negociales, supone la integración en cada una de ellas de las normas imperativas correspondientes, tal como claramente se desprende de lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, que prevé que los contratos deben "*celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*"

Por consiguiente la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley

³⁰ En este sentido cfr. MARTHA LUCÍA NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva*, en Revista de Derecho Privado. No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 73.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, Exp. 18.836.

371

0174

dispone que un error en materia de derecho "*constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario*"³².

Así, para este Tribunal, conforme a lo señalado por la doctrina y reiterado por la jurisprudencia, la buena fe subjetiva consistirá en un estado psicológico con fundamento en el cual determinada persona actúa bajo una creencia de estar obrando conforme a derecho, mientras que la buena fe objetiva es una norma de conducta que se evaluará según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia.

En este sentido, este Tribunal considera importante establecer que la conducta de la partes en el presente litigio deberá ser evaluada con fundamento en el principio de la buena fe, a partir de sus dos dimensiones, subjetiva y objetiva, para determinar si efectivamente éstas, y especialmente la parte Convocada dentro del presente proceso, actuaron conforme a derecho, o de manera reprochable a la luz del principio enunciado. Deberá, entonces, evaluarse la buena fe a partir de la regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado, con miras a determinar si en el marco de la ejecución del contrato objeto de estudio se cumplieron las obligaciones pactadas y aquellas que por su naturaleza le corresponden o que por ley le pertenecen.

Dicho lo anterior, el Tribunal pone de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que "*en materia contractual pública impera, quizás con mayor trascendencia que entre particulares, el principio de la buena fe consagrado en los artículos 871 del código de comercio y 1603 del código civil, en virtud del cual*

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, Expediente 24.897.

372

0175

entre las partes debe primar una mutua confianza, un sentido de recíproca colaboración, ajustada en todo momento a la legalidad, de tal forma que ninguna de las partes resulte sorprendida y perjudicada por acciones u omisiones causadas a sus espaldas, las que pueden hacer más onerosa la respectiva obligación”³³.

Por otra parte, dicha Corporación ha procurado establecer diferentes características y manifestaciones del principio de la buena fe, con el fin de aterrizar el concepto a la contratación del Estado, así:

La Buena fe -o bona fides- es un principio general del derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, y significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato entre las personas en una determinada situación social y jurídica. Dicho de otro modo, es la ética media de comportamiento entre los particulares y entre éstos y el Estado con incidencia en el mundo del derecho, descansa en la confianza respecto de la conducta justa, recta, honesta y leal del otro, y se constituye en un comportamiento que resulta exigible a todos como un deber moral y jurídico propio de las relaciones humanas y negociales.

Por lo demás, la buena fe, en su carácter de principio, incorpora el valor ético de la confianza y lo protege, fundamenta el ordenamiento jurídico, sirve de cauce para la integración del mismo e informa la labor interpretativa del derecho.

En el ámbito de la contratación se traduce en la obligación de rectitud y honradez recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos,³⁴ esto es, el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato,

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de junio de 1993, Expediente 7679.

³⁴Vid. LUISDÍEZ PICAZO. *La Doctrina de los Propios Actos*, Madrid, Casa Editorial Bosch, 1963, pp. 137 y ss.

373

0176

como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.

En efecto, en el derecho privado el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

En el derecho público, la Corte Constitucional destacó la importancia de la aplicación de la buena fe en los siguientes términos:

"La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público (...) permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados." (Corte Constitucional, Sentencia C-892 de 2001).

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento.³⁵ La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 2006, Expediente 8830.

374

0177

contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe; además, en el artículo 28 en el que estableció que este principio se tendrá en cuenta en la interpretación de las normas de los contratos estatales, de los procedimientos de selección y escogencia de los contratistas y de las cláusulas y estipulaciones de ellos.

Por lo tanto, circunscritos a las actuaciones administrativas de selección contractual, la buena fe impone a la administración y a los interesados en contratar con el Estado un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público que se persigue con la contratación estatal.

Este principio general tiene fundamental desarrollo en el proceso de formación de los contratos estatales a través de los principios de transparencia y economía, como que son deberes de la administración, entre otros, elaborar un pliego de condiciones que contenga reglas objetivas, justas, claras y completas que no induzcan a error, precisar el costo y la calidad de los bienes, obras y servicios necesarios, no fijar condiciones de imposible cumplimiento, ni exenciones de las responsabilidades por los datos que se suministren (24 No.5 de la Ley 80 de 1993); conceder las etapas y oportunidades para que los interesados conozcan y controviertan los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, colocando incluso los expedientes a su disposición (art. 24 Nos. 2 y 3 ibídem); así como tampoco exigir, sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa se encuentren previstos en leyes especiales (art. 25 No. 15 in fine).

Expresión de este principio también resulta, por ejemplo, el criterio de inalterabilidad de los pliegos de condiciones, según el cual, una

0178

0178

vez precluida la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos en el proceso de selección, le está vedado a la administración hacer cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en ellos, en forma unilateral, subrepticia y oculta, tomando por sorpresa a los participantes y generando incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Al respecto, ha dicho la Sala que este comportamiento se encuentra proscrito en tanto viola los principios de la contratación y constituye un asalto a la buena fe para con los proponentes. O, igualmente, atenta contra la buena fe la interrupción intempestiva y sin causa justa que da lugar a la frustración del proceso de selección o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato.

Además, este principio impone al oferente, entre otros deberes de honestidad: i) no incluir en su propuesta información falsa o que no consulte la realidad; ii) no formular propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas; y iii) no ocultar las inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones en las que se pueda encontrar (No. 6 y 7 art. 26), con el propósito de hacer incurrir a la administración en un error y obtener así la adjudicación del contrato, eventos en los cuales compromete su responsabilidad; y se compromete también en los casos en que el proponente retira su oferta o se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas o aceptadas.

Así mismo, la jurisprudencia ha indicado que no se puede desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por la administración o los proponentes, por incurrir en la prohibición de venire contra factum proprium nom valet, en cuya virtud no le es lícito a las personas venir contra sus propios actos, desconocimiento que no se compadece con el principio de buena fe.

376

0179

La violación de la buena fe entraña la no obtención de los derechos en los que ella es requisito, o la invalidez del acto y, por supuesto, la obligación de reparar los daños ocasionados con una conducta así calificada, con la consiguiente indemnización de perjuicios³⁶.

En otro pronunciamiento del mismo Consejo de Estado, además de las manifestaciones del principio de la buena fe antes referenciadas, se realizaron las siguientes precisiones:

El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas³⁷; también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico.³⁸

El principio general de la buena fe tiene consagración constitucional en el artículo 83, norma suprema que introduce el postulado de la "bona fides" en el ámbito del derecho público para regular las relaciones entre el Estado y los administrados,

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007, Expediente 24.715.

³⁷ LUIS GUILLERMO DÁVILA VINUEZA. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, 2ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 662.

³⁸ RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá, Legis Editores, 2003, p. 459.

377

0186

imponiendo cierto límite a las potestades de que está investida la Administración para evitar que se tornen en arbitrariedad.

El Código Civil no fue indiferente ante tan cardinal principio, por lo cual dispuso en su artículo 1603 que los contratos celebrados entre los particulares, "deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo en lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella"; igualmente, el artículo 871 del Código de Comercio, reiteró este principio en similares términos al disponer: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural", reconociendo así la dimensión e importancia que a dicho principio le corresponde en el ámbito contractual.

En el campo de la contratación estatal, la Ley 80, consagra la buena fe como principio orientador de las relaciones contractuales en varias de sus disposiciones; así, el artículo 23 ordena que las actuaciones de quienes intervienen en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 209 de la C.P.), con aplicación de las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Por su parte, el artículo 25-2 de la misma ley, impone el deber, a los contratistas, de obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilaciones y entramientos en el desarrollo del contrato y el artículo 28 prescribe que las normas y cláusulas contractuales habrán de ser interpretadas bajo los mandatos de la buena fe.

318

0181

El principio de la buena fe, en la relación contractual, tiene singular incidencia en los contratos bilaterales o sinalagmáticos que contienen prestaciones recíprocas, a fin de preservar la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, dado que en tales contratos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla "do ut des", (te doy para que me des); es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.

De otra parte, el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 establece cuál debe ser el comportamiento de las partes cuando se presenta una alteración en la relación contractual por causas ajenas al contratante que resulta afectado; dicha norma prescribe:

ARTÍCULO 27. De la Ecuación Contractual. *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Esta disposición otorga a las partes la facultad de solucionar aquellas situaciones que en el devenir del contrato pueden poner en riesgo su equilibrio financiero, sencillamente porque el

379

0182

contratista es un colaborador del Estado en el cumplimiento de los cometidos estatales y la satisfacción del interés público, por lo tanto las partes se encuentran comprometidas no solo en realizar todas las actividades necesarias para cumplir el objeto contractual, con lealtad y buena fe, sino también tienen el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella parte que ha sufrido una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida, puesto que no consulta el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa que la parte que fue ajena a los hechos, tenga que sufrir menoscabo en su patrimonio por la conducta de la otra, que conllevó a la alteración de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de proponer o contratar³⁹.

Adicionalmente, consideramos oportuno hacer referencia a otro pronunciamiento del Consejo de Estado, con el fin de poner de presente otras manifestaciones del principio de la buena fe en la contratación estatal:

La buena fe ha sido reconocida como un principio general de derecho a través del cual, según palabras de la Corte Constitucional, "se adopta el valor ético y social de la confianza"⁴⁰. Este principio general que de vieja data venía consagrado en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio colombiano-*disposiciones que, en principio, podría decirse regulan las relaciones jurídicas civiles y comerciales entre particulares*-, fue elevado a rango constitucional a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 y, por tal efecto, ampliado su espectro a las relaciones entre el Estado y los particulares. Al respecto, en el artículo 83 constitucional se dispuso expresamente que:

"ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, Expediente No. 15469.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001.

380

0183

adelanten antes éstas"

En cuanto a lo que implica el acatamiento del principio de la *bona fides*, esta Sección ha señalado:

"El principio de la buena fe que se sustenta en el valor ético de la confianza constituye la base de las relaciones jurídicas, que impone a los sujetos de derecho determinados comportamientos y reglas de conducta, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus obligaciones.

*"La buena fe ha sido considerada por la doctrina como el tipo de conducta social que se expresa en la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente que supone necesariamente no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, guardar fidelidad a la palabra dada y conducirse de forma honrada en cada una de las relaciones jurídicas; **también ha señalado que todo comportamiento de una de las partes (deudor o acreedor, autoridad o súbdito), contrario a la honestidad, a la lealtad, a la cooperación, etc., entraña una infracción del principio de la bona fides porque defrauda la confianza puesta por la otra parte, que es el fundamento del tráfico jurídico (negrilla fuera de texto).**"⁴¹*

Las conductas de lealtad, honestidad y diligencia a las que la doctrina hace alusión, son también predicables respecto de los negocios jurídicos, toda vez que éstos se presumen celebrados de buena fe y obligan no sólo a lo que el tenor literal del respectivo convenio estipule, sino a todo aquello que de su naturaleza intrínseca se desprenda. **La buena fe contractual implica entonces que en virtud de ella en el convenio sea posible identificar otras obligaciones y prohibiciones que por la virtualidad de la norma escrita no hubieren quedado contempladas de manera expresa en el contrato (negrilla**

⁴¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia de agosto 29 de 2007. Expediente 15469.

301

0184

fuera de texto)⁴².

Sobre este particular, la legislación colombiana, en el artículo 1603 del Código Civil, dispone *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"* y, en el mismo sentido, en el artículo 871 del Código de Comercio señala *"Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligaran no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural"*.

Finalmente, cabe destacar que a pesar de que existen materias en las que el legislador ha establecido expresamente que la mala fe puede ser presumida⁴³, la regla general no es esa y, en consecuencia, salvo que la ley disponga lo contrario, las actuaciones o comportamientos que le sean contrarios deben ser plenamente acreditados⁴⁴.

Esta última jurisprudencia resulta relevante, en cuanto señala claramente que la buena fe implica identificar obligaciones y prohibiciones que no hubieran quedado de manera expresa en el contrato y que todo acto o comportamiento contrario a la lealtad y a la cooperación entre las partes entraña una infracción al principio de la *bona fides*, porque defrauda la confianza puesta por la otra parte en la relación contractual.

Junto con la buena fe desde el punto de vista subjetivo y objetivo, conviene analizar además la conducta de las partes a partir de la teoría de los actos propios, la cual para algunos es un principio general

⁴²FRANCESCO GALEANO. *"El negocio jurídico"*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 453.

⁴³Corte Constitucional. Sentencia C-1194 de 2008: *"...la Corte ha admitido que no se trata de un principio absoluto [se refiere a la buena fe], también ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe y le atribuya los efectos que considere en cada caso"*.

⁴⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, Expediente 39.332.

382

0185

del derecho y para otros una regla de derecho, y que para este Tribunal constituye una manifestación concreta del principio de la buena fe.

Dicha teoría ha sido desarrollada por la doctrina, que al respecto ha señalado lo siguiente:

Por ello es que Borda dice que la teoría de los actos propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, de tal manera que toda interpretación normativa debe ser acorde con este principio general, debiendo rechazar todo resultado jurídico que se oponga a él.

(...)

Los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios son, en síntesis, los siguientes:

a. Una primera conducta jurídicamente relevante y eficaz de un sujeto.

Esta conducta debe estar constituida por un acto o un conjunto de actos ejecutados que revelen indubitablemente una determinada actitud o proceder del sujeto actuante en una relación jurídica con otro sujeto.

Además de relevante y eficaz, la primera conducta debe ser vinculante, en el sentido de ser un comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta una esfera de intereses, lo que puede inducir a la contraparte a confiar en que tal conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica. No interesa, en cambio, que el sujeto piense o no quedar vinculado por su actuar, pues el efecto vinculante de la conducta deriva de su sentido objetivo, sin que la intención juegue un papel relevante.

300

018E

Existe discrepancia entre la jurisprudencia y la doctrina respecto a la aplicación de la teoría de los actos propios. Para la jurisprudencia se requiere la presencia de una conducta deliberada; la doctrina de los autores sostiene que basta que la conducta sea "objetivamente contradictoria", sea cual fuere la deliberación de su autor para que esta teoría sea de aplicación (Dobson).

b. El posterior intento por el mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con su conducta anterior.

Se trata de que, no obstante que el sujeto ha tenido una conducta vinculante, que a los ojos de su contraparte marca su posición, pretende conducirse de manera no sólo diferente sino contradictoria con su anterior conducta relevante, traicionando así la confianza que esta conducta había suscitado en su contraparte.

Esta pretensión del sujeto, que en otro contexto pudiera ser perfectamente lícita, resulta inadmisibles por la contradicción con su conducta anterior.

c. La identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas.

Como dice Borda, el sujeto activo, esto es, la persona que ha observado determinada conducta –con fundamento en una facultad o en un derecho subjetivo- debe ser el mismo que pretende luego contradecir esa conducta. "El sujeto pasivo, es decir, la persona que ha sido receptor o destinatario de ambas conductas, también debe ser el mismo; si se tratase de diferentes sujetos pasivos la pretensión contradictoria podría ser frenada, pero no fundándose en la teoría de los actos propios sino en la excepción de falta de legitimación".

d. La doctrina de los actos propios es de aplicación subsidiaria.

384

0187

Se trata de un instituto que debe ser aplicado supletoriamente, ya que, frente a la existencia de un "medio legal específico predispuesto por la ley para resolver un caso determinado, esta doctrina viene desplazada por la solución expresada por la ley. Al ser una aplicación del principio de la buena fe, su utilización debe subordinarse a las reglas previstas expresamente"⁴⁵.

Respecto de esta teoría, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

Para la Sala, como lo advirtió el Ministerio Público y la entidad demandada resulta inaceptable la conducta desarrollada por el actor, quien durante el proceso de selección fue exigente respecto de la observancia del orden de presentación de documentos y su calificación, y dentro del proceso judicial, pretende desvirtuar la existencia de este requisito y el puntaje que de su aplicación se le otorgó a su oferta.

Y es que vale la pena subrayar que nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo "adversus factum suum quis venire non potest", que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, "venire contra factum proprium non valet". Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar.⁴⁶

⁴⁵MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE. *La doctrina de los actos propios*, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963 – 2003", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 351 y ss.

⁴⁶"Nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos" "(...) la regla que prohíbe venir contra los propios actos, puede (...) ser descrita bajo la rúbrica de "inadmisibilidad de la pretensión contradictoria". Esto significa que una pretensión es inadmisibles y no puede prosperar cuando se ejercita en contradicción con el sentido, que, objetivamente y de buena fe, ha de atribuirse a una conducta jurídicamente relevante y eficaz, observada por el sujeto dentro de una situación jurídica". LUIS DíEZ PICAZO. *La Doctrina de los Propios Actos*, Madrid, Casa Editorial Bosch, 1963, pp. 123, 125, 188, 189 y 246 a 251.

30

018E

La jurisprudencia nacional no ha sido ajena a la aplicación de esta regla. Esta Corporación en relación con la doctrina de los propios actos ha sostenido en varias oportunidades:

"(...) Restaría agregar que estando definidas las fuentes de materiales en los pliegos de condiciones tampoco le es lícito al demandante venir contra sus propios actos "venire contra factum proprium nom valet" principio de la dogmática jurídica que es de aplicación en el caso en comento. Sobre el particular Jesús González Pérez enseña:

"Que la norma conforme a la cual a 'nadie es lícito venir contra sus propios actos' tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díaz - Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril 1967 'la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo cual no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos (...) ' Sentencia de 21 de abril de 1967. (...) (El Principio General

386
0189

de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 117, 118 y 135).⁴⁷

En sentido similar, la Corte Constitucional ha manifestado sobre el particular lo siguiente:

*"Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N.). **Principio constitucional, que sanciona entonces como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. (negrilla fuera de texto)***

"La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo 'Venire contra pactum proprium nulli conceditur' y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

"(...)

"Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorios respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho."⁴⁸

⁴⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 17 de julio de 1986, Exp. 4154. En igual sentido, Sección Tercera, Sentencias de 13 de agosto de 1992, Expediente 6580; 11 de julio de 1996, Expediente 9409; 20 de febrero de 1998, Expediente 11101; 3 de febrero de 2000 Expediente 10399; 20 de septiembre de 2001, Expediente 14582. Sección Cuarta: 10 de Septiembre de 2003, Expediente 25000-23-24-000-2003-01307-01; y Sección Primera, 18 de Junio 2004, Expediente 11001-03-15-000-2003-1446-02(AC).

⁴⁸Corte Constitucional, Sentencia T-295 de 4 de mayo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En sentido similar ver sentencias de esa corporación: T-475 de 29 de julio de

287

0190

En suma, la regla "venire contra factum proprium non valet" tiene una clara aplicación jurisprudencial, pero además goza de un particular valor normativo en la medida en que está fundada en la buena fe⁴⁹, la cual el ordenamiento erige como principio de derecho que irradia todas las relaciones jurídicas, como ética media de comportamiento exigible entre los particulares y entre éstos y el Estado. La buena fe está consagrada como canon constitucional en el artículo 82 (sic) de la C.P.⁵⁰, y en materia de contratación pública, contemplada su eficacia jurídica de conformidad con el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en cuya virtud:

"Art. 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos."⁵¹

Por manera que la buena fe, exige un proceder justo y leal dentro de los procesos de selección y escogencia para los particulares oferentes cuanto más para la administración, que con las

1992; T-307 de 4 de agosto de 1993; T-455 de 20 de septiembre de 1996; T-455 de 20 de septiembre de 1998; T-827 de 21 de octubre de 1999, T-618 de 29 de mayo de 2000; T-947 de 24 julio de 2000; C-836 de 9 de agosto de 2001; T-366 de 10 de mayo de 2002; T-411 de 23 de mayo de 2002; T-793 de 23 de agosto de 2004.

⁴⁹DÍEZ PICAZO, Luis. Ob cit. Pp. 134 a 143. La buena fe se traduce también "En la confianza suscitada por los actos, que impone una coherencia lógica al comportamiento del actor, no es sólo la confianza en una "aparientia iuris", (...) Todo el que suscita no sólo una apariencia jurídica, sino una expectativa seria de una conducta futura, debe ser consecuente con la expectativa suscitada. (...) La conducta contradictoria es una contravención o una infracción al deber de buena fe."

⁵⁰ Artículo 83. C.P. "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelantan ante éstas." De ahí que, "El principio de la buena fe incorpora la doctrina que proscribe el "venire contra factum proprium", según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada...". Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-475, de 29 de julio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵¹ Concordante, entre otros, con los artículos 769 y 1602 del Código Civil; y artículos 863 y 871 del Código de Comercio.

388

0191

excepciones de ley⁵², implica que no se pueda lícitamente desconocer los actos y conductas expresadas válidamente por los mismos en dichos procesos como posteriormente en sede judicial.

Esta doctrina tiene los siguientes presupuestos de aplicación, tal y como lo expone el profesor DIEZ PICAZO:

"1.º Que una persona haya observado dentro de una determinada, situación jurídica, una cierta conducta, jurídicamente relevante y eficaz.

2.º Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando un situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

3.º Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

4.º Que entre ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior exista una perfecta identidad de sujetos⁵³.

Ahora bien, para efectos de aterrizar el principio de la buena fe a las normas que rigen la contratación estatal, este Tribunal se permite transcribir las normas que a su juicio, y en consideración al litigio planteado, constituyen una manifestación del principio de la buena fe:

- Artículo 3, Ley 80 de 1993 "DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines

⁵² Por ello se dice que no es una regla absoluta, toda vez que existen eventos previstos en el orden jurídico en donde expresa y lícitamente autorizan volver contra un acto, como el campo procesal la reforma a la demanda de que trata el artículo 89 del C. P. Civil; o en el sustancial los actos legalmente susceptibles de revocación como, por ejemplo, la revocatoria del contrato de mandato de que versa el artículo 2192 del C.C.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2006, Expediente No. 16.041.

3889

0192

estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

- Artículo 4, Ley 80 de 1993: *"DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:(...)9°. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse”.*

- Artículo 23, Ley 80 de 1993: *"DE LOS PRINCIPIOS EN LAS ACTUACIONES CONTRACTUALES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.*

- Artículo 26, Ley 80 de 1993: *"DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:(...)4°. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta*

300

0193

ajustada a la ética y a la justicia”.

- Artículo 28, Ley 80 de 1993: *"DE LA INTERPRETACION DE LAS REGLAS CONTRACTUALES. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”.*

Este Tribunal encuentra que de las disposiciones previamente referenciadas se desprende de manera perspicua el deber por parte de las entidades estatales de obrar conforme al principio de buena fe en el marco de la contratación pública, el cual no puede concebirse como un mandato de abstención en la actualidad o la simple creencia de no obrar mal o causar daño a alguien, sino que implica una carga mayor para las partes en un contrato, y en particular para la Administración, puesto que comprende el obrar con la mayor diligencia con el objetivo de evitar una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y principalmente, el cumplimiento de los fines de la contratación estatal de lograr una eficiente y continua prestación de los servicios públicos a su cargo, en los términos de los artículos 3º y 25.3 de la Ley 80 de 1993.

Las normas invocadas, entonces, indican (i) que la actuación de las entidades estatales debe estar dirigida al cumplimiento de los fines de la contratación estatal y la efectividad de los derechos de quienes colaboran con ella en la consecución de tales fines; (ii) que las entidades estatales deben buscar no hacer más oneroso el contrato por hechos imputables a ellas; (iii) que la contratación debe adelantarse conforme a los principios generales del derecho y a los de la función administrativa; (iv) que las actuaciones de los servidores

81

0194

públicos en la contratación estatal se sujetarán al régimen de manejo de bienes ajenos, el cual implica una mayor diligencia que cuando se manejan bienes propios, y;(v) en concreto, que en la interpretación de los contratos se debe tener en cuenta el principio de la buena fe.

En este orden de ideas, respecto de la buena fe, este Tribunal encuentra que se deben tener en cuenta los siguientes aspectos al momento de analizar la conducta de las partes:

1. La buena fe tiene fundamento constitucional, lo cual implica por una parte que es de aplicación directa y que establece límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas. Es un principio general del derecho con consagración constitucional, que se encuentra desarrollado en el artículo 28 de la Ley 80 de 1993, en el artículo 1603 del Código Civil y en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, normas aplicables en virtud de la incorporación normativa dispuesta en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 de las disposiciones del derecho privado a la contratación estatal.
2. La buena fe debe imperar no solo durante el proceso de selección del contratista y celebración del contrato, sino también durante la ejecución y liquidación del mismo, buscando evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes.
3. La buena fe tiene un carácter objetivo, que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado.
4. La buena fe objetiva introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo, el del *bonusvir*.

802

0195

5. Atenta contra la buena fe la interrupción intempestiva y sin causa justa que da lugar a la frustración del proceso de selección o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, y en esa misma medida atenta contra la buena fe la interrupción a su vez intempestiva y sin justa causa de su ejecución o la posibilidad de liquidación del contrato, conforme a las previsiones establecidas en el mismo.

6. En virtud de la buena fe, se establece el deber de tomar las medidas necesarias para que aquella parte que ha sufrido una mayor carga en sus prestaciones pueda ser restablecida, puesto que no consulta el ideal ético jurídico de la justicia conmutativa que la parte ajena a los hechos tenga que sufrir menoscabo en su patrimonio por la conducta de la otra, que conllevó a la alteración de las condiciones que se tuvieron en cuenta al momento de proponer o contratar.

7. La buena fe obliga a todo lo que esté expresamente consagrado en el contrato, y adicionalmente lo que le corresponda conforme a la naturaleza de la obligación, lo cual implica identificar las obligaciones y prohibiciones que no se encuentren de manera expresa en el mismo, pero que le sean aplicables.

8. La buena fe exige obrar con diligencia y probidad, y evitar contrariar la confianza de la contraparte, conforme a la teoría de los actos propios, la cual sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Tiene un carácter objetivo, que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado.

303
019E

9. La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico que en otras circunstancias podría ser ejercido lícitamente, pues de utilizarse en una situación específica serían contradictorios respecto de una anterior conducta, situación que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

En contraposición a lo anterior, se tiene, entonces, que no actuar de buena fe equivale a *"la conciencia, reglamentada por la ley, de no haber actuado honesta y lealmente en el ejercicio de la capacidad jurídica, observando todas las condiciones exigidas por la naturaleza del Derecho o de la obligación o requeridas para el perfeccionamiento de una situación jurídica determinada"*⁵⁴.

Conforme a los anteriores argumentos, se procederá a analizar el comportamiento del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, con el fin de determinar si en su condición dentro del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), con su actuación contrarió el leal proceder y el deber de cooperación que se debe predicar entre las partes, con fundamento en la confianza mutua que debe permanecer siempre entre éstas, y específicamente, si existen obligaciones en virtud de la buena fe que corresponden a la naturaleza de lo prometido al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** en cuanto a la estipulación asumida por los concesionarios en virtud de los contratos celebrados con esta entidad territorial.

Para el efecto, el Tribunal encuentra probado en el proceso lo siguiente:

1. Que el Pliego de condiciones del Concurso de Méritos Abierto No.

⁵⁴JUAN CARLOS REZZÓNICO, *Efecto expansivo de la buena fe*, en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1991C-518.

302

0197

CM-SI-01-2009 adelantado por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** estableció que *"la Comisión de Éxito será pagada por el(los) contratista(s) y/o concesionario(s) adjudicatario(s) al Consultor Estructurador del (los) proyecto(s), razón por la cual este componente no requiere de Certificado de Disponibilidad Presupuestal que afecte el presupuesto departamental. La suma resultante de aplicar el dos por ciento (2,00%) sobre el (los) valor(es) del (los) contrato(s) de obra y/o concesión y/o cualquier otro mecanismo de vinculación de capital privado, no incluye IVA y, por lo tanto, deberá agregarse"*(Reverso Folio 3 – Cuaderno de Pruebas No. 1)

2. Que la Adenda No. 1 al Pliego de condiciones del Concurso de Méritos Abierto No. CM-SI-01-2009 adelantado por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** modificó el numeral 1.5 sobre forma de pago, estableciendo que *"La comisión de éxito será pagada por el o los contratistas y/o concesionarios al Consultor, así: Un cuarenta por ciento (40%) dentro de los quince (15) siguientes de la suscripción del (los) contrato(s); y, Un sesenta por ciento (60%) al momento en que se acredite ante la Gobernación del Valle del Cauca, en debida forma, el (los) cierre(s) financiero(s) o seis (6) meses después de la suscripción del contrato o contratos en los casos en que no se requiera cierre financiero o está ya esté definido en otra etapa del proceso; cualquiera que sea lo que ocurra primero"*(Folio 36 y reverso – Cuaderno de Pruebas No. 1).

3. Que en el contrato de consultoría No.460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) celebrado entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **CONSORCIO DESARROLLO DEL VALLE DEL CAUCA** se estipuló en el parágrafo de la cláusula tercera sobre forma de pago que *"La comisión de éxito será pagada por el o los contratistas y/o concesionarios al Consultor,*

280

0198

- así: Un cuarenta por ciento (40%) dentro de los quince (15) siguientes de la suscripción del (los) contrato(s); y Un sesenta por ciento (60%) al momento en que se acredite ante la Gobernación del Valle del Cauca, en debida forma, , el (los) cierre(s) financiero(s) o seis (6) meses después de la suscripción del contrato o contratos en los casos en que no se requiera cierre financiero o está ya esté definido en otra etapa del proceso; cualquiera que sea lo que ocurra primero” (Folio 280 y ss. – Cuaderno de Pruebas No. 1).*
4. Que en el contrato de concesión No. 001 de siete (7) de enero de dos mil diez (2010) celebrado entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**– Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Vías del Valle SAS, se pactó en la cláusula 42 que *“El **Concesionario** deberá el dos por ciento (2.00%) del **Valor Estimado Del Contrato** –netos de IVA-, como **Comisión de Éxito al Consorcio Desarrollo Valle del Cauca**, cuya remuneración se efectuará de la siguiente manera: Dentro del plazo de quince (15) días Calendario siguientes contados desde la firma del **Contrato**, el **Concesionario** deberá pagar a favor de **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal de **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** para tales efectos, un porcentaje del cuarenta por ciento (40%) del valor citado en el párrafo anterior. El sesenta por ciento (60%) restante se remunerará una vez se haya aprobado el **Cierre Financiero** de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.2.2, mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal del **Consortio Desarrollo Valle del Cauca**” (Folios 473 y siguientes, Cuaderno de Pruebas No. 1).*
5. Que en el Contrato de Concesión No. 002 de siete (7) de enero de dos mil diez (2010) celebrado entre el **DEPARTAMENTO**

DEL VALLE DEL CAUCA – Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Renovación Urbana del Valle SAS – Reurvalle SAS se pactó en la cláusula 43 que *"El **Concesionario** deberá el dos por ciento (2.00%) del **Valor Estimado Del Contrato** –netos de IVA-, como **Comisión de Éxito** al **Consortio Desarrollo Valle del Cauca**, cuya remuneración se efectuará de la siguiente manera: Dentro del plazo de quince (15) días Calendario siguientes contados desde la firma del **Contrato**, el **Concesionario** deberá pagar a favor de **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal de **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** para tales efectos, un porcentaje del cuarenta por ciento (40%) del valor citado en el párrafo anterior. El sesenta por ciento (60%) restante se remunerará una vez se haya aprobado el **Cierre Financiero** de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.2.2, mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal del **Consortio Desarrollo Valle del Cauca**" (Folios 129 y siguientes, Cuaderno de Pruebas No. 2).*

6. Que en el Contrato de Concesión No. 003 de 7 de enero de 2010 celebrado entre el Departamento del Valle del Cauca – Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Consortio Mi Valle pactó en la cláusula 40 que *"El **Concesionario** deberá el dos por ciento (2.00%) del **Valor Estimado Del Contrato** –netos de IVA-, como **Comisión de Éxito** al **Consortio Desarrollo Valle del Cauca**, cuya remuneración se efectuará de la siguiente manera: Dentro del plazo de quince (15) días Calendario siguientes contados desde la firma del **Contrato**, el **Concesionario** deberá pagar a favor de **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal de **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** para tales efectos, un porcentaje*

397
0200

del cuarenta por ciento (40%) del valor citado en el párrafo anterior. El sesenta por ciento (60%) restante se remunerará una vez se haya aprobado el **Cierre Financiero** de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.2.2, mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal del **Consortio Desarrollo Valle del Cauca** (Folio 273 y siguientes, Cuaderno de Pruebas No. 2).

7. Que el testigo **JAVIER ENRIQUE DELGADO CAMPUZANO**, citado por la parte Convocante y que no fue objeto de tacha alguna por la parte Convocada, manifestó al Tribunal que "hay unas certificaciones del cumplimiento y terminación del plazo de ejecución del contrato y de las actividades que se desarrollaron en donde se manifiesta que (...) El documento de recibo definitivo, si no estoy mal se recibió en su momento antes de salir a los proceso (sic) digamos la etapa de estructuración por el entonces Secretario Jurídico del departamento, que con esos documentos fue que se salió a licitación, que era el Doctor Tello Tal (sic) vez ... el Dr. Reimundo Tello (...). Y de ahí en adelante en que se materializo (sic) el cumplimiento, que se adjudicaron los contratos y posteriormente hay una certificación de cumplimiento de esos contratos por parte de la entonces Secretaria Jurídica la Dra. Huertas" (Folios 439 y 440, Cuaderno de Pruebas No. 2).
8. Que mediante documento del dos (2) de febrero de dos mil doce (2012), "La Suscrita Secretaria Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca, MARTHA LUCIA HUERTAS CONDE, certifica que el CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA, identificado con el Nit 900.292.836-7 ejecutó a satisfacción para la Gobernación del Valle del Cauca, el siguiente Contrato de Consultoría: Contrato Número 0460 del 2 de junio de 2009" (Folios 386 a 391, Cuaderno Principal No. 1).

398

0201

9. Que el documento denominado Anexo No. 1 Memorando Cabrera y Bedoya Banqueros de Inversión, firma contratada por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** para analizar el estado de los contratos de concesión y su futuro, expresa que *“en caso de no darse por terminados los contratos, es muy factible que todos los contratistas acrediten el cierre financiero, teniendo en cuenta las amplias posibilidades que contemplan los contratos de concesión, hecho que generaría el pago del 60% restante de la comisión de éxito a cargo de los concesionarios, y la continuación de unos contratos perjudiciales para las finanzas departamentales”* (Folios 391 a 402, Cuaderno de Pruebas No.6).

10. Que en el acta de terminación anticipada y liquidación del contrato de concesión No. 0001 de siete (7) de enero de dos mil diez (2010) suscrita por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y Vías del Valle SAS. se encuentra que *“17. Que Vías del Valle, en razón a los argumentos expuestos por la entidad contratante en el numeral anterior, que motivan su interés de terminar y liquidar el Contrato de Concesión en mención, se permite aclarar lo siguiente: a. Que respecto al literal b, del numeral 16 de este documento, mediante el cual la entidad Contratante esgrime razones de onerosidad del contrato para su terminación anticipada, Vías del Valle S.A.S., aclara a la entidad Contratante que no comparte dichos argumentos, pero igualmente acepta la propuesta de terminación anticipada...”* (Folios 286 y siguientes, Cuaderno de Pruebas No. 1).

11. Que en el acta de terminación anticipada y liquidación del contrato de concesión No. 0003 de siete (7) de enero de dos mil diez (2010) suscrita por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el Consorcio Mi Valle se encuentra que *“25. Que el Consorcio Mi Valle, en razón a los argumentos expuestos por la*

de Pruebas No. 1).

13. Que en el experticio financiero aportado por la parte Convocante con la demanda arbitral, oportunamente trasladado a la parte Convocada y al Ministerio Público, se manifiesta por parte de los expertos en la respuesta a la pregunta número 13 de determinar si con base en la metodología empleada y los resultados obtenidos por Cabrera y Bedoya Banqueros de Inversión, es posible concluir que los contratos de concesión resultarían onerosos para el Departamento del Valle del Cauca, que *"Como se ha encontrado, la metodología implementada y los resultados obtenidos por Cabrera y Bedoya Banqueros de Inversión para cuantificar la utilidad del concesionario no fue técnicamente apropiada y por tanto, bajo ese procedimiento no es concluyente que los contratos sean onerosos para el Departamento del Valle del Cauca"* y que *"La remuneración, repitiendo, guarda relación adecuada con las condiciones vigentes en el mercado financiero en su momento. En ese sentido, para proyectos aplicables en 2009, con iguales flujos de ingreso esperado, igual riesgo e igual estructura financiera, nuestro leal saber y entender nos lleva a concluir que el Departamento hubiera pagado exactamente lo mismo"* (Folios 370 y 371, Cuaderno de Pruebas No. 1).

14. Que el testigo **JUAN MANUEL MARTÍNEZ PAZ**, citado por la parte Convocante y que no fue tachado por la parte Convocada, manifestó en su declaración que *"en dos o tres ocasiones que estuvimos aquí en reuniones eh para la gobernación planteaban que había que liquidar los contratos por dos motivos, el primero por que (sic) los contratos eran en teoría, si... muy onerosos y el segundo motivo era porque debían liquidarlos antes para no pagar la comisión éxito, esas era (sic) las dos razones (...)* Que yo lo conozca un sustento financiero, bajo un modelo financiero

401

0204

bajo una metodología de flujo de caja que establecieran que eran muy onerosos... no", y que los cierres financieros de los contratos de concesión no se dieron "porque la Gobernación decidió terminar el contrato antes de que se llegara a esa fecha, básicamente" (Folios 460 y 464, Cuaderno de Pruebas No. 2).

15. Que el testigo **JAVIER ENRIQUE DELGADO CAMPUZANO**, citado por la parte Convocante y que no fue tachado por la parte Convocada, manifestó en su declaración, en respuesta a la pregunta del apoderado de la parte Convocante de si el estructurador fuellamado o convocado a participar, o a hacer parte como titular de un derecho económico en la liquidación de los contratos de concesión, manifestó que *"No en ningún momento como les digo, únicamente se recibió una comunicación de la entonces Secretaria Jurídica Dra. ehhh Diana Villegas, en donde ponía de presente al consorcio que se habían liquidado, terminado de mutuo acuerdo esos contratos..."* (Folios 445 y 446, Cuaderno de Pruebas No. 2).

Así las cosas, se tiene que como la buena fe, conforme se dejó establecido previamente, implica una asunción de ciertos deberes objetivos que van más allá de la simple corrección, para este Tribunal es imperativo comparar el comportamiento del **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** con el del *bonusvir*, esto es, según el parecer unánime de personas razonables y honradas con base en los usos sociales imperantes en una determinada circunstancia, teniendo en cuenta que la buena fe se debe predicar tanto en la etapa de celebración del negocio jurídico, como en la de ejecución y la liquidación, lo cual implica unos deberes de fidelidad al vínculo establecido entre las partes, de modo que una interrupción intempestiva y sin justa causa de su ejecución por una de las partes de la relaciones reprochable por el ordenamiento jurídico por ir en contravía de la teoría del acto propio a partir de una pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con la conducta anterior.

402

0205

Para este Tribunal, entonces, dicho análisis arroja las siguientes conclusiones:

1. El **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** fue contratado para estructurar los proyectos de infraestructura vial urbana y rural del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**.
2. El **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** cumplió a cabalidad con el contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009).
3. Al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** no le fue pagado el sesenta por ciento (60%) de la comisión de éxito pactada en su favor por parte de los concesionarios, porque no se pudo dar el cierre financiero de los contratos.
4. El cierre financiero de los proyectos en concesión no se llevó a cabo, porque el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** solicitó a los concesionarios terminar de manera anticipada y liquidar de mutuo acuerdo los contratos de concesión con fundamento en la existencia de una onerosidad excesiva en la ejecución de los proyectos para la entidad estatal y la inestabilidad política de la misma, a lo cual accedieron los contratistas, dejando dos de ellos constancia expresa de no estar de acuerdo con el argumento de onerosidad excesiva en los proyectos.
5. El **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** no fue llamado ni convocado a las liquidaciones de los contratos de concesión celebrados por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** con los concesionarios, no obstante existir un derecho económico eventual para el consultor que se vería frustrado por

403

la decisión de las partes de los contratos de concesión.

020E

En este orden de ideas, el Tribunal observa que conforme al criterio del *bonusvir* o del buen padre de familia, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** no podía solicitar ni mucho menos incentivar la terminación de los contratos de concesión antes de la concreción del cierre financiero de cada uno de los proyectos, pues para la parte Convocada en este proceso, que es quien estructuró las condiciones económicas del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) incorporando una estipulación de pago a cargo de un tercero como lo son los concesionarios, y conoce al detalle el contenido de ambos contratos por ser quien los elaboró, era evidente que con la liquidación de los contratos de concesión sin que se hubiere dado el cierre financiero podría perjudicarse al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, razón por la cual era obligación inherente a la figura establecida por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** convocar al consultor a las liquidaciones de los contratos de concesión al resultar afectado por tal decisión.

Ahora bien, conforme a las pruebas del caso, y concretamente de la experticia de parte allegada por **EL CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, no resulta claro para este Tribunal el hecho de que la única solución para el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** fuera terminar los contratos de concesión precisamente antes de que se dieran los cierres financieros, pues ha quedado plenamente demostrado en el proceso que los contratos de concesión fueron estructurados de manera correcta y en ningún momento se realizó reproche alguno a la labor de la Convocante por parte de la Convocada, al punto que, por el contrario, la entidad estatal acepta y certifica el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del consultor.

Es así como, encuentra el Tribunal que la circunstancia que impidió que en estricto sentido se diera la condición de pago de la comisión de éxito estipulada por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** en favor del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** fue la interrupción intempestiva de los contratos originada por la parte Convocada y llevada a cabo mediante la terminación y liquidación de los contratos de concesión deliberadamente ejecutada antes de la concreción de los cierres financieros en los mismos y con el fin específico de evitar la causación de dicho pago a la parte Convocante, lo que denota un evidente incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) respecto del mantenimiento de la ratificación de los concesionarios de la estipulación de pago de la comisión de éxito a cargo de los mismos que se prometió a la parte Convocante en el contrato de consultoría, a partir de la violación del contenido del artículo 1603 del Código Civil, incorporado a los contratos estatales por mandato del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Por otra parte, y conforme a la teoría de los actos propios, para este Tribunal resulta claro que pese a que los contratos de concesión fueron liquidados de mutuo acuerdo entre las partes, y que dicha terminación sea lícita, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** tenía un deber objetivo de considerar que con dicha decisión se iba a causar un perjuicio al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, toda vez que (i) el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** contrató al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** para estructurar los proyectos de infraestructura vial urbana y rural del Departamento; (ii) con posterioridad a la adjudicación de los contratos de concesión, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** decidió terminarlos y liquidarlos antes de que se produjera el cierre financiero en cada uno de ellos, conociendo que con ello se causaría un perjuicio al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, provocando, en consecuencia, que no se terminara de pagar

la comisión de éxito originalmente pactada, y; (iii) la anterior actitud, pese a que en otro momento podría resultar lícita, iba en contravía del vínculo establecido con el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** y de aquello que aunque no está expresamente pactado, como el hecho de mantener las condiciones de ratificación de la estipulación por parte de los concesionarios o de involucrar al consultor en la decisión de terminar y liquidar los contratos por él estructurados ante la existencia de dicha estipulación son de la naturaleza de la estipulación por otro, de modo que se evidencia el incumplimiento del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) por violación de la buena fe contractual.

Se insiste, entonces, en que al haber estipulación por otro, si bien no se puede predicar la identidad de partes, sí se puede predicar la existencia de la teoría de los actos propios, dado que la causa que impidió que se diera la condición a la que estaba supeditado el pago, fue la de la liquidación de los contratos de concesión por voluntad del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, ya que de no haberse presentado tal situación objeto de reproche, se habría logrado el cierre financiero de los contratos de concesión y se hubiera pagado al estructurador la comisión de éxito esperada por él.

Es así como, este Tribunal considera que, por una parte, las pruebas del proceso demuestran claramente que la estipulación de pago a cargo de los concesionarios al consultor no sobrevive a la terminación y liquidación de los contratos de concesión, por cuanto se ha hecho evidente que el momento de la terminación anticipada de los mismos se da con miras a evitar el cumplimiento de la condición de pago de la comisión de éxito al estructurador, que eran los cierres financieros, es decir, que lo que realmente quisieron la Convocada y sus contratistas, para efectos de la consultoría, fue deshacer la ratificación de la estipulación por otro; y por otra, que dicha conducta constituye un incumplimiento del contrato de consultoría por violación directa del

0208

108

0209

contenido del artículo 1603 del Código Civil sobre a lo que se obligan las partes en virtud de la buena fe, norma aplicable al contrato por mandato expreso del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 y cuyo contenido igualmente se incorpora a los contratos estatales como regla de interpretación de los contratos al tenor del artículo 28 de la misma Ley 80 de 1993.

Así, por aplicación del postulado de la buena fe, según el cual las partes no solamente se obligan a lo expresamente estipulado, sino a todo lo que por su naturaleza derive de las obligaciones pactadas o que por ley le pertenezcan, la obligación del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** de lograr la ratificación de la estipulación de pago a cargo de los concesionarios no se agota con el hecho de que se haya consagrado la misma en los contratos de concesión, sino que además conlleva de manera implícita y natural el hecho de mantener todas las condiciones que jurídicamente dieron origen a dicha figura, de tal manera que la terminación anticipada y bilateral de los contratos de concesión -teniendo como uno de los factores determinantes para su oportunidad la intención de evitar la causación del pago de la comisión de éxito al consultor estructurador-, implica evidentemente un incumplimiento de su obligación contractual, a lo que se suma que la buena fe, como limitadora del ejercicio de derechos, claramente comprende un límite expreso a la autonomía de la voluntad, y en el caso concreto, a la decisión de terminación anticipada del contrato de mutuo acuerdo, el cual ha sido infringido, lo que además se prueba con el hecho de no haber llamado al consultor a las liquidaciones de los contratos de concesión.

En este orden de ideas, y a modo de conclusión de todo lo hasta aquí expuesto, el Tribunal encuentra probado en el proceso el incumplimiento del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) en cuanto a la obligación natural e inherente del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** de mantener la

100

0210

ratificación de la estipulación de pago de la comisión de éxito asumida por los concesionarios hasta el momento en que se efectuara el cierre financiero de los contratos de concesión, sin que ello de manera alguna implicara garantizar el pago de dicha comisión o que dichos cierres se llevarían a cabo, pues tales situaciones, en condiciones normales, eran ajenas a la parte Convocada.

Este Tribunal reitera que pese a que la doctrina señala que la ratificación del tercero libera a quien realiza la estipulación, la situación presentada en el caso concreto objeto de estudio pone de presente que en aplicación del postulado de la buena fe contractual en los términos y con los alcances previamente establecidos, ésta se constituye en un elemento esencial de la fuerza vinculante del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) que va más allá de lo expresamente pactado y que comprende el comportamiento leal y honesto que se deben las partes en el marco de la relación jurídica que los involucra.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior y dado que con la terminación y liquidación de los contratos de concesión se eliminó la ratificación de la estipulación por otro, causando el incumplimiento del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), corresponde al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** resarcir el perjuicio ocasionado al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, el cual, de acuerdo con la prueba pericial contable practicada dentro del proceso, equivale al valor actualizado del remanente de la comisión de éxito de cada uno de los contratos de concesión terminados y liquidados de manera anticipada, y que arroja la suma de **OCHO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$8.393.164.400,00)**, expresada en pesos a treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012).

400

0211

En consecuencia, el Tribunal declarará probadas las pretensiones segunda y tercera declarativas de la demanda arbitral, declarará no probadas las excepciones de cumplimiento estricto del contrato de No. 460 de 2009 por parte del Departamento del Valle del Cauca, la comisión de éxito como débito prestacional de los concesionarios y/o contratistas, la inexistencia de situaciones, hechos o actos que alteraron el equilibrio económico del contrato No. 460 de 2009, y la excepción innominada, y en consecuencia, condenará a la parte Convocada al pago de los perjuicios ocasionados en los términos de la pretensión quinta de condena de la demanda, y así lo manifestará en la parte resolutive de esta providencia.

**3. RESPECTO DE LA LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL
CONTRATO DE CONSULTORÍA No. 460 DE DOS (2) DE
JUNIO DE DOS MIL NUEVE (2009).**

Procede en este punto y como consecuencia de todas las consideraciones expuestas en la presente decisión, continuar con la liquidación judicial del contrato de consultoría No. 460 de 2009, de conformidad con lo solicitado por la parte Convocante en la demanda arbitral, previas las siguientes consideraciones:

La liquidación del contrato consiste en el corte final de cuentas entre las partes contratantes, en la cual debe quedar precisamente reflejado lo pactado entre ellas y lo ejecutado al respecto, así como lo debido y lo pendiente, y por supuesto las conciliaciones, transacciones, descuentos, compensaciones y demás aspectos que reflejen lo ocurrido en la relación contractual y que tenga un efecto directo en las resultas del contrato, principalmente por el impacto económico en el mismo respecto de lo inicialmente acordado entre contratante y contratista.

La liquidación se convierte, entonces, en la última de las formalidades del contrato estatal, como acto jurídico independiente del que le da su

100

0212

causa, y que es obligatoria, en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, recientemente modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012, en "*Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran*", con expresa excusa para los contratos de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión.

Ahora bien, como el contrato objeto de estudio en el presente proceso es de la tipología de consultoría, y una de sus principales características es su ejecución prolongada en el tiempo mediante prestaciones sucesivas, se hace evidente que debe cumplirse el mandato legal de realizar una liquidación del mismo, con ocasión de la terminación anticipada del mismo por las razones y en los términos extensamente analizados en esta providencia.

En este orden de ideas, considera oportuno el Tribunal recordar que la liquidación del contrato, si bien por regla general puede y de hecho debe realizarse de mutuo acuerdo entre las partes del contrato estatal, cuando ello no es posible -bien porque las partes no procedieron a ello dentro del plazo estipulado en el pliego de condiciones y/o en el contrato o en su defecto el legalmente establecido, o porque lo intentaron dentro de dicho término y no llegaron total o parcialmente a un acuerdo-, también puede ser efectuada unilateralmente por la administración pública, previo vencimiento del plazo para la liquidación bilateral y demostración de la convocatoria fallida al contratista, o a través del juez del contrato, el cual, una vez admitida la demanda en la que se eleve dicha solicitud, asumirá plena competencia, sin perjuicio de la posibilidad que siempre asiste a las partes de llegar a un acuerdo.

En efecto, el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, norma que rige al contrato objeto de la presente controversia, reza lo siguiente:

410

0218

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

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

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

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

La norma transcrita debe analizarse, a su vez, con el contenido del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo –norma aplicable a este caso- que consagra la acción de controversias contractuales como medio de control de las actuaciones del Estado, ya que en la misma se expresa que *"Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras*

declaraciones y condenas”, lo que claramente incluye la posibilidad de pretender en el marco de un proceso judicial que se proceda a la liquidación de la relación contractual, cuestión que hoy queda claramente enunciada dentro de las distintas peticiones que pueden lograrse dentro de la pretensión contractual en el marco del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, Nuevo Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es así como, al estudiar estas dos normas en conjunto, se tiene que la liquidación de los contratos estatales puede realizarse de mutuo acuerdo o unilateralmente dentro del término de caducidad de la acción contractual, el cual es de dos años contados a partir del vencimiento del término de ley para que la administración profiera un acto administrativo con tal fin, lo que evidencia que este mecanismo judicial puede utilizarse para efectos de realizarse la liquidación del contrato estatal.

Lo anterior ha sido plenamente avalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha sostenido:

El plazo para la liquidación del contrato ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales al analizar las disposiciones citadas. De conformidad con el art. 60 de la ley 80 de 1993, la liquidación del contrato estatal debe realizarse por el mutuo acuerdo de las partes durante los 4 meses siguientes a la finalización del plazo del mismo, en cuanto en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el contrato no se haya indicado un plazo diferente, o unilateralmente por la administración durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes, o en su defecto, del establecido por la ley. Y si la administración no lo hiciere en este término, podrá el interesado acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar (lit d. numeral 10 art. 136 c.c.a.). Sin embargo, la sala sostuvo que si la administración no liquida el contrato en el término que la ley le

412

concede para efectuarla unilateralmente (dos meses después del plazo convenido o del señalado en el art. 60 de la ley 80 de 1993), puede hacerlo por fuera de ese término, ya sea por mutuo acuerdo con el contratista o unilateralmente, toda vez que los términos anteriores no son perentorios. No obstante, advirtió, "que ante la preceptiva del literal d. numeral 10 del actual art. 136 del C.C.A, esa facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual", ya que "dentro de este término, el contratista podrá pedir no sólo la liquidación judicial del contrato sino que se efectúen las declaraciones o condenas que estime pertinentes (art. 87 C.C.A)¹⁶⁵.

021E

En este orden de ideas, teniendo clara la competencia del juez del contrato para efectos de la liquidación del contrato estatal, es preciso recordar que la liquidación judicial puede solicitarse no solamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino también es posible como pretensión en sede arbitral, y en ambos casos, solicitada la liquidación en sede judicial y admitida la misma, la entidad pública contratante pierde la competencia para proceder a ella de forma unilateral. Así lo ha sostenido la jurisprudencia en la materia:

Si bien la liquidación del contrato puede lograrse en forma bilateral, unilateral o judicial, debe tenerse en cuenta que, cuando se presenta la demanda con el objeto de que se liquide el contrato por vía judicial o arbitral y se notifica el auto admisorio de la demanda al otro co-contratante, es únicamente el juez o árbitro al que compete hacerlo quedando excluida toda posibilidad de que las partes o la Administración lo liquiden por otra vía⁵⁶.

Es por todo lo anteriormente expuesto que respecto de la cuarta pretensión de la demanda arbitral, este Tribunal de Arbitramento tiene plena competencia para liquidar judicialmente el contrato de

⁵⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 10 de junio de 2004, Expediente 14.384.

⁵⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2002, Expediente 20.472.

413

0210

consultoría NO. 460 de 2009, tal como se afirmó al momento de asumirse la competencia del presente proceso mediante Auto No. 8 de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012), y por ello procederá de conformidad, habida cuenta de la inexistencia de oposición de la parte Convocada y de la ausencia de méritos probatorios para no acceder a la solicitud de la parte Convocante.

Dicho lo anterior, se liquida el contrato estatal de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve(2009) celebrado entre el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** en los siguientes términos:

INFORMACIÓN CONTRACTUAL BÁSICA.

CONTRATISTA	Consortio Desarrollo Valle del Cauca
No. CONTRATO	460 de 2009
VALOR ESTIMADO INICIAL	\$478.848.000 honorarios + comisión de éxito del 2% del valor de los contratos adjudicados
VALOR FINAL	\$478.848.000 + \$5.201.584.000 (40% comisión de éxito) + valor reconocimiento en laudo)
FECHA ACTA DE INICIO	19 de junio de 2009
FECHA OTROSÌ No. 1	26 de julio de 2010
FECHA TERMINACIÓN FINAL	22 de diciembre de 2011

III. DOCUMENTOS RELEVANTES

1. Acta de Inicio

El Acta de Inicio fue firmada el diecinueve (19) de junio de dos mil nueve (2009); fecha ésta que se fijó como inicio de los trabajos.

2. Modificaciones contractuales

Durante la vigencia y ejecución del contrato de concesión, las partes suscribieron el otrosí número uno (1) de veintiséis (26) de julio de dos mil diez (2010), del cual se da cuenta dentro del presente proceso para efectos de la decisión del Tribunal.

3. Acta de Terminación

El día treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012) se suscribió el acta de la reunión suscrita por el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y los representantes de las empresas integrantes del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, en la que se encuentra que *"Sobre el particular el Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, manifiesta que ve con mucha preocupación que la Gobernación haya terminado los Contratos de Concesión Nos. 001, 002 y 003 de 2010 sin el fundamento legal y financiero suficiente que ampare y justifique de manera idónea y suficiente dicha terminación. Al respecto trae a colación lo mencionado en las Actas de terminación y liquidación de los Contratos de Concesión puestas de presente por la Gobernación, en el sentido de que la causa de terminación fue esencialmente la inestabilidad política del Departamento y un aparente costo elevado de los contratos de Concesión, lo cual supuestamente afectaba las finanzas del Departamento. Insiste el Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, en que dichos argumentos lo único que hicieron fue asignar o imputar la responsabilidad por la terminación anticipada a hechos propios del Departamento como es el tema de la inestabilidad política. En cuanto al aparente costo elevado de los proyectos de Concesión, señala el Consorcio que no comparte de manera alguna dicha apreciación, y que no existe o por lo menos no conoce documento o modelo financiero alguno que soporte dicha afirmación"* (Folios 317 y siguientes, Cuaderno de Pruebas No. 1).

Dicha acta se analizó en los términos y con las consecuencias decantadas por el Tribunal en la presente providencia.

4/4

~~0217~~

0217

IV. VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO

1. De acuerdo con la cláusula segunda del contrato, el valor del mismo se pactó por la suma fija de cuatrocientos setenta y ocho millones ochocientos cuarenta y ocho mil pesos (\$478.848.000.).

2. De conformidad con la cláusula tercera del contrato sobre forma de pago, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** pagaría al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** (i) un pago anticipado del cuarenta por ciento (40%) del valor del contrato, una vez suscrita el acta de inicio; (ii) un treinta por ciento (30%) del valor del contrato una vez se haya presentado el informe No 2, y; (iii) un treinta por ciento (30%) del valor del contrato una vez se haya presentado el informe final de la fase I.

Así mismo, en el párrafo de la cláusula tercera, se pactó que *"La comisión de éxito será pagada por el o los contratistas y/o concesionarios al Consultor, así: Un cuarenta por ciento (40%) dentro de los quince (15) siguientes de la suscripción del (los) contrato(s); y Un sesenta por ciento (60%) al momento en que se acredite ante la Gobernación del Valle del Cauca, en debida forma, , el (los) cierre(s) financiero(s) o seis (6) meses después de la suscripción del contrato o contratos en los casos en que no se requiera cierre financiero o está ya esté definido en otra etapa del proceso; cualquiera que sea lo que ocurra primero"*.

V. VALOR TOTAL TRABAJOS EJECUTADOS

De acuerdo con lo establecido en el presente proceso y tal como se refiere en los diversos apartes de la providencia y se relacionará en la parte resolutive de la misma, los valores que se refieren a continuación determinan el corte cuentas entre las partes:

CONCEPTO	VALOR	ESTADO	TOTAL
Honorarios fijos	\$478.848.000	Pagado	\$478.848.000
40% comisión de éxito	\$5.201.584.000	Pagado	\$5.201.584.000
Perjuicios por incumplimiento contractual	\$8.616.045.813	Por pagar	\$8.616.045.813
TOTAL	\$14.296.477.813		\$14.296.477.813

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal declarará liquidado el contrato de consultoría No. 460 de 2009, y por lo tanto respecto de lo relacionado en la anterior liquidación no habrá lugar a posteriores reclamaciones, quedando extinguidas las obligaciones surgidas entre las partes con ocasión del contrato liquidado, y resueltas todas las inquietudes y diferencias puestas en conocimiento de este Tribunal, y así lo manifestará en la parte resolutive de la presente providencia

CAPÍTULO CUARTO: RESUMEN DE LOS RECONOCIMIENTOS

HECHOS EN LA PROVIDENCIA

En consideración a lo expuesto en los capítulos precedentes, a continuación se expone específicamente el monto de los reconocimientos que a favor del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** ordenará el Tribunal, previo cálculo de la respectiva actualización y de los intereses de mora, según sea el caso.

Previo a lo anterior, el Tribunal deja constancia de que para efectos de la tasa aplicable a los intereses moratorios, se recoge por ser acertada la apreciación del perito contable en su respuesta a la pregunta 4a de la solicitud de aclaraciones y complementaciones hecha por la parte Convocada, en el sentido de que tal como está dispuesto en la cláusula vigésima cuarta del contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) y con la normatividad vigente, el régimen aplicable a dicho contrato es el del Estatuto General de Contratación de

la Administración Pública, y ante la ausencia de una estipulación expresa sobre intereses moratorios, se debe dar aplicación al artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, según el cual "*en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado*", lo que equivale al doce por ciento (12%) anual.

No obstante esta consideración, el Tribunal advierte que no accederá a la pretensión sexta de condena de la demanda arbitral sobre los intereses moratorios desde el momento de configuración de las causas del incumplimiento contractual y hasta el momento de proferirse el laudo.

En efecto, con respecto a la noción de intereses, autorizada doctrina ha manifestado que "*son los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de obligación pecuniaria (sea de restituir, sea de pagar el precio del bien o de un servicio), durante el tiempo que perdure la deuda, en cálculo sobre la base de una cuota o porcentaje del capital o principal*", señalando como una de sus características principales "*su accesoriadad con relación al capital: la obligación de pagarlos es siempre dependiente de la obligación principal: sin ella no puede nacer ni continuar*"⁵⁷. Criterio éste que ha sido compartido por la Corte Suprema de Justicia, que en oportunidad anterior y sin asomo de duda ha sostenido que "*como no se concibe que puedan estipularse o subsistir por sí mismos, aisladamente de una obligación principal, y teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, los intereses son siempre una obligación accesoria*"⁵⁸.

En concordancia con la jurisprudencia citada, la doctrina ha realizado una precisa distinción entre las obligaciones puramente dinerarias y las

⁵⁷FERNANDO HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 162 y 163.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de febrero de 1975, en *Gaceta Judicial*, t. CLI, p. 48.

100
0221

obligaciones dinerarias indemnizatorias, y sus consecuencias sobre los intereses moratorios.

En relación con las obligaciones puramente dinerarias, que son aquellas que consisten en la entrega de una suma de dinero determinada, como el caso del mutuo, *"el deber de pagar intereses se genera desde el momento en que contractualmente se hacen exigibles estas obligaciones"*. En cambio, en relación con las obligaciones dinerarias indemnizatorias, que son las que provienen de hechos que suceden durante la ejecución del contrato, como el caso de los mayores costos por hechos imprevistos o por el incumplimiento de una de las partes, *"esta sólo puede generar el pago de interés a partir del reconocimiento de la obligación y en modo alguno durante el tiempo por el cual las partes han estado discutiendo la existencia del sobrecosto o del perjuicio. De manera que cuando se profiera sentencia en un caso que involucre tal situación [...] la condena sólo puede contener la actualización monetaria del quantum pero no el interés moratorio, el cual no podrá generarse, toda vez que la mora no ha existido al no haber existido una suma de dinero determinada"*⁵⁹.

Sobre este punto también se ha pronunciado el Consejo de Estado arribando a idéntica conclusión, en los siguientes términos:

Negaré los intereses pedidos en la demanda con fundamento en que el derecho a percibir una suma de dinero se declara en esta sentencia y hasta entonces la entidad no estaba obligada a pago alguno porque su actuación estaba legitimada por un acto administrativo que hasta entonces gozó de la presunción de legalidad (En este sentido se pronunció la Sala en sentencia proferida el 27 de noviembre de 2002, expediente 13792)

⁵⁹JORGE EDUARDO CHEMÁS JARAMILLO. *Intereses moratorios y actualización monetaria*, en *Régimen de contratación estatal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 291 y 292.

419

0222

Dicho en otras palabras, no procede condena por concepto de intereses porque los mismos sólo resultan procedentes para reparar daños causados con el incumplimiento de obligaciones de pagar una suma de dinero y en el caso concreto mal se haría en considerar incumplida una obligación exigible a la ejecutoria de esta sentencia.

A este respecto resulta ilustrativo tener en cuenta lo manifestado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: - "La mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida a cargo del deudor" (Sentencias del 27 de agosto de 1930, XXXVIII, 128 y. del 30 de septiembre de 1946, LXI, 112 y ss). - "[n]o estaba claramente determinada para las partes la existencia de una obligación pecuniaria a cargo de la demandada y a favor de la demandante en una cantidad líquida, lo que, por falta de certeza, excluye la posibilidad de que la deudora se encontrara en mora de pagar la obligación" (sentencia proferida el 10 de julio de 1995, tomo CCXXVII, 71 ss).⁶⁰

Entonces, es claro para este Tribunal que la jurisprudencia y la doctrina sostienen de manera reiterada y coherente que los intereses moratorios no se deben sino hasta que el juez declare la existencia de la obligación, de modo que la condena a intereses moratorios sólo procede cuando se trata de obligaciones ciertas y exigibles; en consecuencia, mientras exista una discusión jurídica sobre las características y la existencia misma de la obligación, no se causan intereses moratorios.

En este orden de ideas, como las pretensiones planteadas por la parte Convocante en este proceso se refieren a obligaciones sobre las cuales no existía certeza sobre su existencia, pues precisamente la tarea del Tribunal consistió en establecer la procedencia de un incumplimiento contractual por parte de la Convocada, no es procedente considerar la obligación aquí determinada como pendiente de pago desde el

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de junio de 2004, Expediente 15.235.

420

0223

momento en que se produjeron sus causas, ya que la discusión se da en torno a un punto en derecho que solo podía ser desatado por parte del juez del contrato, esto es, del Tribunal de Arbitramento.

En conclusión, para el Tribunal las pretensiones del **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** no se refieren a obligaciones puramente dinerarias a cargo del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, sino a obligaciones dinerarias indemnizatorias, pues las pretensiones de condena se fundamentan en el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) que solamente ha sido declarado al momento de proferirse el presente fallo.

Dicho lo anterior, el reconocimiento que el Tribunal efectuará al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** deriva de los perjuicios demostrados por ésta con el dictamen pericial contable y que se recogen en la respuesta a la pregunta número 6 de las solicitudes de aclaración y complementación hechas por la parte Convocante, es decir, de manera individualmente considerada para cada uno de los contratos de concesión a partir de la suscripción de las respectivas actas de terminación y liquidación, excluyendo los intereses moratorios calculados, así:

CONTRATO DE CONCESION	SALDO COMISION DE EXITO ACTUALIZADA A FECHA DE ACTA DE TERMINACION Y LIQUIDACION DEL CONTRATO	ACTUALIZACION EN EL IPC	TOTAL
001- DE 2010	2,980,639,623	134,392,324	3,115,031,947
002- DE 2010	3,107,475,352	140,111,147	3,247,586,499
003- DE 2010	2,179,164,877	74,262,489	2,253,427,366
TOTAL	8,267,279,852	348,765,961	8,616,045,813

NOTA: ULTIMO IPC PUBLICADO DANE MARZO DE 2013

CAPÍTULO QUINTO: COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

421

0224

E. Costas

Teniendo en cuenta que las costas, de conformidad con los artículos 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, vienen dadas por los gastos judiciales en que incurren las partes con ocasión del desarrollo del trámite del proceso, y que como expresamente lo refieren los numerales 6º y 9º de la norma antes mencionada, *"En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"* y *"Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*, el Tribunal procede en este punto a decidir sobre la condena al pago de las mismas de acuerdo con lo solicitado por la parte Convocante,

En este punto, el Tribunal considera que en el presente caso no es procedente la condena en costas, en atención a que las partes actuaron con diligencia y lealtad procesal, exponiendo sus argumentos y presentando los medios probatorios que consideraron demostraban sus alegaciones, no habiendo temeridad de su parte.

No obstante lo anterior, el Tribunal recuerda que tal como se evidencia en el Acta No. 4 de dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012), la parte Convocada no consignó en la oportunidad procesal correspondiente la totalidad de los honorarios y gastos decretados, y que en consecuencia, la Convocante en el término adicional legalmente establecido, entregó al Tribunal la suma de treinta y cuatro millones trescientos tres mil quinientos setenta y seis pesos (\$34.303.576.00), por concepto del valor faltante para cubrir la totalidad de las sumas fijadas como honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración, protocolización y otros, que no fue aportado por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, de conformidad con lo dispuesto en el Auto No. 5 de doce (12) de junio de dos mil doce (2012).

222

0225

Siendo ello así, el Tribunal ordenará en la parte resolutive de esta providencia la devolución a la parte Convocante de dicho remanente, con lo efectos que le confiere la Ley a tal obligación.

II. Agencias en derecho

En cuanto a las agencias en derecho, no obstante las mismas consisten en "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso"⁶¹, el Tribunal se abstendrá de imponerlas con base en lo dispuesto en los parágrafos 2º y 3º del artículo 75 de la ley 80 de 1993⁶² en consonancia con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998⁶³, normas aplicables para este caso, y las interpretaciones y aplicaciones hechas por la Sección Tercera del Consejo de Estado desde la Sentencia de 18 de febrero de 1999⁶⁴, teniendo en cuenta que la actuación de las partes en el

⁶¹ Artículo 2º, Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

⁶² El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 consagra que "**Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa. Parágrafo. 1º. Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias. Parágrafo 2º. En caso de condena en procesos originados en controversia contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales. Parágrafo 3º. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior." -Resalta el Tribunal-**

⁶³ El Artículo 171 Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: Artículo 55. Condena en costas. El artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, quedará así: "Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".

⁶⁴ "En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 1999. Expediente. 10.775.

223

presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal en defensa de sus respectivas posiciones, y que no existe reproche alguno desde la perspectiva jurídica al respecto, al estar condicionada la condena en agencias en derecho a una actuación temeraria o abusiva.

022E

CAPÍTULO SEXTO: DECLARACIONES Y CONDENAS

Por las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GEICOL S.A.S., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. y CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, cumplió con el objeto y las obligaciones del contrato estatal de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009), en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: Declarar que el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** incumplió el contrato estatal de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) suscrito con el **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GEICOL S.A.S., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A. y CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

TERCERO: Declarar que como consecuencia de lo anterior, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** causó perjuicios al

224

0227

CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA, integrado por **GEICOL S.A.S.**, **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** y **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Declarar liquidado el contrato de consultoría No. 460 de dos (2) de junio de dos mil nueve (2009) declarando al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GEICOL S.A.S.**, **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** y **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, a paz y salvo por todo concepto respecto de sus obligaciones contractuales, e incluyendo dentro de tal liquidación los valores reconocidos, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Condenar al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** a pagar al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GEICOL S.A.S.**, **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** y **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, la suma de **OCHO MIL SEISCIENTOS DECISÉIS MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS (\$8.616.045.813.00)**, correspondiente al pago de la indemnización actualizada de la totalidad de los perjuicios ocasionados, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: No condenar al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** a pagar al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GEICOL S.A.S.**, **BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** y **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, intereses moratorios a la tasa establecida en la Ley 80 de 1993, sobre todas las sumas a las que resulte condenada, a partir de la ocurrencia de las causas que hayan dado lugar a la condena y hasta la fecha del presente Laudo, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

425

0228

SÉPTIMO: Denegar las excepciones de consideración general, el cumplimiento estricto del contrato No. 460 de 2009 por parte de la Gobernación del Valle, la comisión de éxito como débito prestacional de los concesionarios y/o contratistas, inexistencia de situaciones, hechos o actos que alteraron el equilibrio económico del contrato 460 de 2009 e innominada, consagradas en los numerales 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 y 3.5 de la contestación de la demanda arbitral, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Acceder a la pretensión séptima de condena de la demanda, en el entendido de que las sumas reconocidas en este Laudo Arbitral se pagarán de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-188 de 1999, y causarán intereses comerciales a partir de su ejecutoria.

NOVENO: Sin condena en costas ni agencias en derecho, conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

DÉCIMO: Ordenar al **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** devolver al **CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GEICOL S.A.S., BONUS BANCA DE INVERSIÓN S.A.** y **CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S.**, la suma de **TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$34.303.576.00)**, por concepto del valor consignado por éste a órdenes del Tribunal para cubrir la totalidad de las sumas fijadas como honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración, protocolización y otros, que no fue aportada por parte del **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, de conformidad con lo dispuesto en el Auto No. 5 de doce (12) de junio de dos mil doce

226

0229

(2012), conforme a las razones y los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: Ordenar entregar a cada árbitro y a la Secretaria el cincuenta por ciento (50%) remanente de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente.

DÉCIMO SEGUNDO: En firme este laudo, protocolizar el mismo por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de conformidad con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente, o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

DÉCIMO TERCERO: Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes y al señor agente del Ministerio Público, con las respectivas constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ

Presidente

JULIO CÉSAR ORTÍZ GUTIÉRREZ

Árbitro

SAÚL FLÓREZ ENCISO

Árbitro

MÓNICA SOFÍA SAFAR DÍAZ

Secretaria

227

0230

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA

CONTRA

DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

SALVAMENTO DE VOTO

Santiago de Cali, veintiséis (26) de abril de dos mil trece (2013)

En cumplimiento a lo señalado por la ley, con el respeto que me merecen mis compañeros árbitros, me permito a continuación consignar en escrito separado los motivos de mi discrepancia en relación con el Laudo proferido en éste Tribunal de Arbitramento de **GEICOL S.A.S, BONUS BANCA DE INVERSION S.A., CORAL, DELGADO Y ASOCIADOS S.A.S. y CONSORCIO DESARROLLO VALLE DEL CAUCA** contra el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.**

PRIMERO.- La parte Convocante ha solicitado que las declaraciones y condenas señaladas en su demanda, se encuentran circunscritas todas al Contrato Estatal de Consultoría numero 460 de 2.009 suscrito el 2 de junio de 2.009 entre la Convocante y la Convocada en este arbitramento.

420

0231

Considero para los efectos del análisis y conclusiones que tienen que ver con el valor del contrato y su forma de pago, hacer referencia a los documentos precedentes, al citado contrato y a los contratos de Concesión números 001 del 7 de enero de 2.010, 002 del 7 de enero del 2010 y 003 del 7 de enero de 2.010, así como al cumplimiento del pago estipulado en los mismos.

SEGUNDO.- En los documentos aportados como prueba por la parte convocante y para la demostración de los hechos expuestos en su demanda, se acompañó el pliego de condiciones definitivo (folio 79 y siguientes del "Capítulo IX Anexos") que comprende el Concurso de Méritos número CM-SI-01-2009 del Departamento del Valle del Cauca cuyo objeto literalmente era: "CONTRATAR UN CONSULTOR PARA LA ESTRUCTURACION TECNICA, LEGAL Y FINANCIERA DE UN MECANISMO DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO PARA EL DESARROLLO DE LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA A SER FINANCIADAS MEDIANTE LAS VIGENCIAS FUTURAS APROBADAS POR LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL VALLE DEL CAUCA, MEDIANTE ORDENANZA No 280 DE 2009 Y ACOMPAÑAMIENTO DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN DEL (LOS) PRIVADO(S) QUE LLEVE(N) A CABO LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS REQUERIDAS"

En ese documento se establece que para el Concurso de Méritos se tuvieron en cuenta las disposiciones legales que para ésta clase de contratos se deben observar, permitiendo que todos los participantes que accedieran al mismo tuvieran claridad sobre las condiciones, exigencias, obligaciones y demás requisitos que el Concurso contemplaba.

En el numeral 1.5 del mencionado documento se estableció:

"1.5. FORMA DE PAGO

El Departamento realizará el pago del valor básico al consultor de la siguiente manera:

1201

0232

· *Pago Anticipado: 40% del valor del contrato una vez se haya suscrito el Acta de Inicio del Contrato.*

· *Segundo Pago: 30% del valor del contrato una vez se haya presentado el informe 2.*

· *Tercer Pago: 30% del valor del contrato una vez se haya presentado el informe final de la Fase I.*

Nota: Para efectos del pago, el contratista deberá presentar la certificación de paz y salvo de aportes parafiscales y Riesgos Profesionales de sus empleados y/o contratistas.

La comisión de éxito será pagada por el o los contratistas y/o concesionarios al Consultor, así:

· Un cuarenta por ciento (40%) dentro de los quince (15)(sic) siguientes de la suscripción del (los) contrato(s); y,

· Un sesenta por ciento (60%) al momento en que se acredite ante la Gobernación del Valle del Cauca, en debida forma, el (los) cierre(s) financiero(s) o seis (6) meses después de la suscripción del contrato o contratos en los casos en que no se requiera cierre financiero o está ya este definido en otra etapa del proceso; cualquiera que sea lo que ocurra primero.

Nota: La suma resultante de aplicar el dos por ciento (2,00%) sobre el valor por el cual se adjudiquen el o los contratos de obra y/o concesión mas el IVA correspondiente". (El destacado es mío)

En el pliego de condiciones igualmente como anexo numero 1 (Folio 100) aparece "MODELO DE CARTA DE PRESENTACION DE LA OFERTA" la cual deberían firmar los oferentes que se presentaran o sus representantes legales. En las diferentes declaraciones se destaca la siguiente:

023

023

"... que conocemos el Pliego de Condiciones, adendas (si las hubiere) y demás documentos que hacen parte del presente concurso de Méritos y aceptamos los requisitos en ellos contenidos."

Esto significa que la convocante conocía las condiciones del contrato y entre ellas para los efectos analizados su valor y forma de pago.

En ese pliego de condiciones, como Anexo 5, aparece la denominada "MINUTA DEL CONTRATO DE CONSULTORIA" en cuya "CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DEL CONTRATO.- determina lo siguiente:

"El valor del presente Contrato es por la suma de XXXXXXXXXXXXX (\$xxx.xxx.xxx.xx) MONEDA LEGAL. CLÁUSULA TERCERA. FORMA DE PAGO. EL DEPARTAMENTO pagará al CONTRATISTA el valor del presente contrato, de la siguiente manera: 1) Un Pago Anticipado del 40% del valor del contrato, una vez se haya suscrito el Acta de Inicio del Contrato. 2) Un Segundo Pago del 30% del valor del contrato una vez se haya presentado el informe No. 2. 3) Un Tercer Pago del 30% del valor del contrato, una vez se haya presentado el informe final de fase I."

"PARÁGRAFO. La comisión de éxito será pagada por el o los contratistas y/o concesionarios al Consultor, así: Un cuarenta por ciento (40%) dentro de los quince (15) siguientes de la suscripción del (los) contrato(s); y Un sesenta por ciento (60%) al momento en que se acredite ante la Gobernación del Valle del Cauca, en debida forma, el (los) cierre(s) financiero(s) o seis (6) meses después de la suscripción del contrato o contratos en los casos en que no se requiera cierre financiero o está ya este definido en otra etapa del proceso; cualquiera que sea lo que ocurra primero."

En la adenda número 1 del Pliego (folio 114) se aclaran algunos numerales entre ellos el de la forma de pago, esto es el numeral 1.5, pero lo importante es que esta adenda **reitera que la comisión de**

421

éxito será pagada por el o los contratistas y /o concesionarios al consultor en los porcentajes allí consignados.

0234

TERCERO.- Conocidos por los oferentes los pliegos de condiciones y aceptadas las mismas, ante la propuesta de la convocante y las evaluaciones y audiencias cumplidas mediante Resolución 165 de junio 2 de 2.009 la Gobernación el Valle del Cauca adjudicó a la convocante el concurso, adjudicación ésta que se plasmó en el contrato de Consultaría 460 de 2 de junio del 2009.

CUARTO.- En dicho contrato de Consultaría 460 de 2 de junio del 2009, se estableció en la cláusula segunda, su valor por \$478.848.000.00 incluido IVA y los demás impuestos y una comisión de éxito del valor estimado de los contratos de Concesión y en la cláusula tercera la forma de pago, destacándose que en ésta cláusula se determina en tres numerales las sumas que **EL DEPARTAMENTO PAGARÁ AL CONTRATISTA** (resaltado es mío) y, en el PARAGRAFO que la comisión de éxito sería pagada al consultor, esto es al convocante, por los contratistas y/o concesionarios en los porcentajes y términos que no eran otros que los que ya se habían señalado en el pliego de condiciones.

QUINTO.- Aparecen en éste proceso igualmente y como desarrollo a lo contenido en el Pliego de Condiciones y al Contrato de Consultoría los contratos de Concesión números 001, 002 y 003 de 7 de enero de 2010 suscritos por los Concesionarios y el Departamento del Valle en los cuales los concesionarios aceptaron efectuar el pago de la comisión de éxito a la convocante, comisión de éxito que como se ha señalado venía establecida desde el pliego de condiciones, incorporada con aceptación expresa de la convocante en el Contrato de Consultaría numero 460 de 2.009 y en estos nuevos contratos 001, 002 y 003 de 7 de enero de 2010, aceptados por los concesionarios sin modificación

23

0235

alguna a lo que previamente se había establecido, esto es, a la forma de pago y a la determinación clara de a quién le correspondía.

Significa entonces de la relación probatoria que se ha hecho, sobre el valor del contrato y su forma de pago y específicamente en cuanto a la comisión de éxito que se originó en el pliego de condiciones, que cerrado su ciclo con aceptación de la convocante en su contrato suscrito de Consultoría con el Departamento y en de los concesionarios también con el Departamento, se despejó cualquier duda de lo establecido en estos documentos, en cuanto a quién correspondía y era el obligado al pago de la comisión de éxito.

SEXTO.- Se entiende por los antecedentes, que en los contratos suscritos por los concesionarios, esto es los números 001, 002 y 003 de 7 de enero de 2010, el valor que el Departamento les reconocía a cada uno de los concesionarios, en cada contrato de los mencionados, se encontraba incluida la comisión de éxito, que éstos a su vez deberían cancelar a la convocante.

Adicionalmente en cada uno de los contratos suscritos por los concesionarios se dijo que la comisión de éxito se entendería como la porción de los honorarios del Consorcio Desarrollo Valle del Cauca que debería ser cancelada por el Concesionario que hacía parte del costo total del proyecto.

Además en los referidos contratos claramente se expresó que la terminación o extinción de los mismos por cualquier causa, no extinguiría las obligaciones que por su naturaleza subsistan a tales eventos, lo cual reitera aún más el conocimiento de la convocante, la convocada y los concesionarios de a quién le correspondía el pago de la comisión de éxito. (el subrayado es mío)

13

0236

SEPTIMO.- Como el Tribunal quiso conocer quién y cómo fue sugerida la cláusula relacionada con la comisión de éxito, se recibieron declaraciones al respecto de las cuales es destacable el testimonio del doctor Javier Enrique Delgado Campuzano, abogado especializado en derecho contractual y director jurídico de la estructuración del proyecto adelantado por la convocante para la convocada quién señaló que esta forma de pago se acostumbraba y se acostumbra en múltiples contratos de concesión, pues ello permite la vinculación del capital privado a los proyectos que se vayan a desarrollar y, por ésta razón siendo una forma o modalidad que no contraviene la ley se estudió e implementó para que así se consagrara, como se consagró, en éstos contratos de concesión en donde sin lugar a dudas los concesionarios deberían cancelarla.

Sobre este mismo tema declaró el doctor Juan Manuel Martínez Páez ingeniero civil con especialización en finanzas y quien fuera el director financiero del proyecto para la convocante quien coincide con el doctor Delgado con la razón de ser de las comisión de éxito y de a quién corresponde su pago.

Martha Lucía Huertas, abogada, secretaria jurídica para la época de los contratos e interventora del contrato de consultaría 460, bajo la gravedad del juramente igualmente manifestó que en la forma de pago se había previsto la comisión de éxito y que esta correspondía a los concesionarios.

OCTAVO.- Si bien se ha aducido y comprobado en éste proceso que los contratos de concesión se terminaron antes del vencimiento de su término, los documentos que comprenden tal determinación demuestran que ello se hizo por mutuo acuerdo entre la convocada y los concesionarios, determinación de mutuo acuerdo reconocida y aceptada por la ley, sin que el suscrito árbitro encuentre elementos de respaldo para señalar que ésta terminación anticipada en la que obran

AB

0237

conjuntamente Departamento del Valle del Cauca y Concesionarios se hubiere producido con ausencia de buena fe por parte del Departamento, para señalar que por ello la convocada está obligada a pagar los perjuicios que su conducta ha generado y que comprende la comisión de éxito, olvidándose además como se ha dicho en este salvamento, que en los contratos de concesión se estipuló que así se terminaran por cualquier causa los contratos, ello no extinguiría las obligaciones que por su naturaleza subsistieran a tales eventos .

NOVENO.- En esos documentos de terminación anticipada, no se dijo absolutamente nada en relación con las obligaciones pendientes, entre ellas las del pago de comisión de éxito, en el porcentaje restante, pero tampoco se hizo alusión ni se modificó lo existente en razón de a quién correspondía, lo cual ya se había señalado como se ha mencionado en el pliego de condiciones, en el contrato de consultoría y en los contratos de concesión como obligación a cargo de los concesionarios.

DECIMO.- La conclusión de análisis surgida de los contratos y pruebas aportadas, no comprenden por ser desconocidas en este proceso, las razones por las cuales la convocante no ha exigido el pago del saldo de la comisión de éxito a los concesionarios ni tampoco las de los concesionarios para no cancelarlas, pues ello no es sujeto de éste debate y dado que los concesionarios no fueron convocados a éste Tribunal, en observación a los principios de competencia, debido proceso y derecho a la defensa no se puede realizar pronunciamiento alguno al respecto.

DECIMO PRIMERO.- Probado igualmente está en éste proceso, por la documentación aportada y las manifestaciones hechas por las mismas partes, que la convocante cumplió las obligaciones que le correspondían determinadas en el contrato de Consultaría sin que existiera objeción, reparo o protesta por parte del Departamento del Valle del Cauca.

DECIMO SEGUNDO.- En relación con el Departamento, habiéndose iniciado una investigación contra el mismo por la Procuraduría General de la Nación, esta se archivó por no encontrarse mérito alguno para continuarla en relación con este proceso de contratación y los contratos.

DECIMO TERCERO.- Destácase que la parte convocante y la convocada concuerdan en que el pago del valor que le correspondía al Departamento hacer a favor de la parte convocante por \$478.848.000.00 se realizó en su totalidad, así como que el 40% inicial de la comisión de éxito fue cancelado por los concesionarios a la convocante sin diferencias, ni constancias de rechazo o de incumplimiento sobre el mismo y fue hecho a nombre y por cuenta de las obligaciones que en este sentido habían aceptado y contraído los concesionarios directamente en su contratos.

DECIMO CUARTO.- No aparece en el proceso prueba alguna que pudiera afectar la validez o eficacia de los contratos tanto de Consultoría como de Concesión, ni fue aportada tampoco constancia o prueba de acción judicial o administrativa que buscara invalidar, anular o dejar sin efecto algunas o todas las cláusulas de los contratos de consultoría y de concesión, ni de los acuerdos de terminación entre el Departamento y los Concesionarios, contratos éstos y decisiones de quienes lo suscribieron, que hasta el momento considero es ley para las partes y por lo tanto lo consignado en ellos permite la interpretación clara sobre la intención de las partes en los mismos.

DECIMO QUINTO.- Se ha señalado que el contrato de Consultoría en su parágrafo de la cláusula tercera impone una obligación a un sujeto jurídico diferente de la Departamento del Valle del Cauca, esto es a los concesionarios, lo cual siendo cierto, no implica que tal pacto contraría el ordenamiento jurídico, y por lo tanto es aceptable que

AB

0239

convocante y convocada hayan estipulado obligaciones a cargo de un tercero, los concesionarios, más cuando éstos ratificaron en sus contratos tal condición, aceptando el pago de la obligación de la comisión de éxito por ellos a favor de los convocantes, cumpliéndose así lo consignado en el artículo 1507 del Código Civil, en razón repito, de la ratificación hecha sin condicionamiento alguno por los concesionarios.

Recurrir al artículo 1753 del Código Civil, como complementación y soporte del 1507 del C.C. es a mi manera de análisis, equivocado, pues la ratificación a que alude esta última norma, es la que tiene que ver con la mencionada en el artículo 1752 de la misma obra "necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de ése remedio..." evento que en el caso que se estudia, del pago de la comisión por un tercero, esto es de los concesionarios, no encuadra en su texto.

DECIMO SEXTO.- En el presente caso insistentemente se ha dicho por el suscrito árbitro, que desde el pliego de condiciones, en el contrato de consultaría y en los contratos de concesión al hacerse referencia a la forma de pago y al obligado a ella, la comisión de éxito se estableció en cabeza de los concesionarios y quienes intervinieron en esta negociación en todos los momentos contractuales la conocían, la aceptaron y en cumplimiento de su consentimiento firmaron los documentos que les fueron presentados y adicional y específicamente los concesionarios cancelaron sin motivo de reproche el primer 40% de la comisión a que estaban obligados.

DECIMO SEPTIMO.- Lo anterior indica entonces, que con los pasos que se han observado, tal requisito incorporado desde el pliego de condiciones para que un tercero lo asumiera, fue aceptado legalmente por los concesionarios y por lo tanto también consentida la obligación de su pago, lo cual significa que desde esa aceptación, ningún vínculo

437

0240

obligacional tenía el Departamento del Valle del Cauca en cuanto a su cancelación.

Pliego de condiciones, contrato de consultoría, y contratos de concesión plasman en forma evidente la realidad del negocio jurídico y la intención de las partes en el pago de la comisión de éxito, que no presenta ni ha presentado modificación alguna.

Si, entonces, el pago de la comisión de éxito que desde el pliego de condiciones se trasladó a un tercero llamado Concesionario, fue aceptado por la convocante y por aquellos en sus contratos respectivos, mal puede, desconociéndose lo acordado en ellos, reclamársele al Departamento del Valle del Cauca su pago, a través del denominado perjuicio invocado por la convocante en el cual la involucra, ya que desde la génesis del negocio, esto es el pliego de condiciones, se establecieron en cabeza de los concesionarios, obligación que se aceptó y se concretó tanto en la firma del Contrato de Consultoría como en los de Concesión.

DECIMO OCTAVO.- El Ministerio Público para este proceso, en juicioso y ponderado estudio en la audiencia de presentación de alegatos, comparte con el suscrito el criterio y análisis que se ha presentado respecto a la comisión de éxito y concluye que ella corresponde como lo determinan los documentos que la contiene a los concesionarios.

DECIMO NOVENO.- Por las consideraciones que he presentado considero, que el LAUDO adoptado POR MAYORÍA, a que se contrae éste SALVAMENTO, debió haber negado las pretensiones declarativas contenidas en la demanda SEGUNDA y TERCERA, y no incluir en la CUARTA, como perjuicios, el valor pendiente de la comisión de éxito. Así mismo debió negar las pretensiones de condena QUINTA, SEXTA con sus subsidiarias y SÉPTIMA en cuanto al pago de intereses

0241

comerciales y moratorios y, consecencialmente reconocer las excepciones que denegó el numeral SEPTIMO de la parte Resolutiva del Laudo.

VIGESIMO.- En cuanto a lo consignado en la parte RESOLUTIVA del LAUDO en los numerales PRIMERO y NOVENO, comparto tal determinación.

SAÚL FLÓREZ ENCISO

Árbitro