

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

**INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. y
CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2.010**

contra

MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

LAUDO

Santiago de Cali, tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Agotado el trámite y estando dentro de la oportunidad legal, procede el Tribunal de Arbitraje a dictar el Laudo que pone fin al presente proceso y resuelve las diferencias surgidas entre **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. y CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2.010**, como parte Convocante y el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, como parte Convocada

I. DE LA CONTROVERSIA Y SUS ANTECEDENTES.

EI CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010, integrado por las sociedades **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.** e **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.** (en lo sucesivo, la Convocante o el Consorcio) y el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, (en lo sucesivo, la Convocada o el Municipio) suscribieron el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 cuyo objeto fue el *“otorgamiento de una **Concesión** para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, realice por su cuenta y riesgo la Financiación, Ajustes y/o realización completa y suficiente de los Diseños que se requieran, Gestión Social, Predial y Ambiental, Construcción, Conservación y Transferencia de Obras de Infraestructura, Espacio Público y Recuperación de la Malla Vial Arterial y Local para la Movilidad del **Grupo 2** para el **Municipio de Santiago de Cali**”*, así como la ejecución de las *“Obras para redes necesarias para el traslado modificación, reparación, reposición y extensión de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios”* y en la cláusula 36 se pactó la cláusula compromisoria, cuyo texto dispone lo siguiente:

“CLÁUSULA 36. CLAUSULA COMPROMISORIA.- Toda controversia derivada del presente Contrato, que no pueda dirimirse amistosa y directamente por las partes o con la intervención del Amigable Componedor por su origen, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, el cual estará compuesto por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. En caso de no existir acuerdo entre las partes, la designación la realizará el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santiago de Cali. Los honorarios y costas del arbitramento serán asumidos por montos iguales por las partes y se sujetará a las tarifas que para tal fin consagre el Reglamento de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santiago de Cali o en su defecto la ley. El laudo que se profiera será en derecho, su trámite será el legal y su sede será el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santiago de Cali.”

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

1. HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA

La demanda fue presentada el 24 de marzo de 2015 y luego el 29 de noviembre de 2015 el apoderado de la parte convocante la reformó, quedando ésta integrada en un sólo escrito cuyos hechos son los siguientes:

“...

A. HECHOS GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN

1. Mediante el Acuerdo 178 del 13 de febrero de 2006, modificado por el Acuerdo 190 del 5 de septiembre de 2006, el Acuerdo 241 del 11 de septiembre 2008 y el Acuerdo 261 del 7 de mayo del 2009, el Concejo Municipal de Santiago de Cali estableció el cobro de una contribución de valorización por beneficio general con destinación específica para financiar la construcción de las obras contenidas en el artículo 8º del Acuerdo 241.
2. A través de la Resolución No 411.0.21.0001 del 25 de enero de 2010, el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** (en adelante, el Municipio) ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 4151-LP-09-2009 con el fin de *“Contratar tres concesionarios para la financiación, ajustes y/o realización completa y suficiente de los diseños que se requieran, gestión social, predial y ambiental, construcción, conservación y transferencia de obras de infraestructura, espacio público y recuperación de la malla vial arterial y local para la movilidad para el Municipio de Santiago de Cali en tres zonas que corresponden a igual número de Grupos de concesión de obras de malla vial divididas así según la zona en la que se encuentran: Sur – Grupo de Concesión 1, Centro Oriente – Grupo de Concesión 2 y Norte – Grupo de Concesión 3”*.
3. Surtidos los trámites legales, por medio de la Resolución No. 4151.021.561-2010 del 11 de mayo de 2010, proferida por la Secretaría de Infraestructura y

Valorización del Municipio, fue adjudicado el Contrato de Concesión del Grupo 2 de la Licitación Pública 4151-LP-09-2009 al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010**, integrado por las sociedades **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.** e **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.** (en adelante, el Consorcio, el Contratista o el Concesionario).

4. Previamente cumplidos los trámites legales correspondientes, el día 20 de mayo de 2010, el Municipio y el Consorcio celebraron el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 que tuvo por objeto el *“otorgamiento de una **Concesión** para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, realice por su cuenta y riesgo la Financiación, Ajustes y/o realización completa y suficiente de los Diseños que se requieran, Gestión Social, Predial y Ambiental, Construcción, Conservación y Transferencia de Obras de Infraestructura, Espacio Público y Recuperación de la Malla Vial Arterial y Local para la Movilidad del **Grupo 2** para el **Municipio de Santiago de Cali**”*, así como la ejecución de las *“Obras para redes necesarias para el traslado modificación, reparación, reposición y extensión de las redes y/o accesorios de servicios públicos domiciliarios”* (en adelante, el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 o el Contrato).
5. En cumplimiento de lo estipulado en la cláusula 18 del Contrato, el 16 de junio de 2010, se suscribió con la Fiduciaria de Occidente S.A. el Contrato de Fiducia Mercantil Irrevocable de Administración, Fuente de Pago y Pagos para la administración de los recursos derivados del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10.
6. De acuerdo con lo expresado en su cláusula 5, relativa al alcance y desarrollo del objeto, el Contrato se encontraba dividido en cuatro (4) etapas:
 - a) ETAPA DE ACTIVIDAD PRELIMINAR: que tenía una duración de treinta (30) días calendario, contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato hasta la fecha de suscripción del Acta de Inicio - Etapa de Pre-construcción.
 - b) ETAPA DE PRE-CONSTRUCCIÓN: que tenía una duración de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio - Etapa de Pre-construcción hasta la fecha de suscripción del Acta de la Etapa de Construcción.
 - c) ETAPA DE CONSTRUCCIÓN: que tenía una duración de dieciocho (18) meses calendario, contados desde la fecha de la firma del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, hasta la fecha de suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción.
 - d) ETAPA DE CONSERVACIÓN O REPAGO: que tenía una duración de veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción hasta la fecha de suscripción del Acta de Recibo Final.
7. El Consorcio atendió y dio cumplimiento a las obligaciones de la Etapa de Actividad Preliminar, por lo que el día 21 de junio de 2010 se suscribió el Acta de Inicio - Etapa de Pre-construcción del Contrato.

8. Las obligaciones de la Etapa de Pre-construcción fueron igualmente cumplidas a satisfacción por parte del Consorcio, por lo que el día 21 de octubre de 2010 se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción.
9. El 21 de enero de 2011 fue suscrito, entre el Consorcio y el Municipio, el Otrosí No. 1 al Contrato, en el que se acordó modificar el numeral 5 del Apéndice G del Contrato, modificar el numeral 13.1.5.3 del Contrato, modificar el Apéndice I del Contrato, e incluir el numeral 1.4.1.2.9 del Apéndice E del Contrato.
10. El 3 de mayo de 2011 fue suscrito, entre el Consorcio y el Municipio, el Contrato de Adición (No. 1) al Contrato, en el que se acordó agregar al valor pactado en las cláusulas décima y undécima del Contrato, la suma global de SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TREINTA Y NUEVE PESOS (\$6.592.468.039) M/L.
11. El 22 de septiembre de 2011 fue suscrita, entre el Consorcio y el Municipio, el Acta de Acuerdo del Contrato de Concesión, en la que se acordó agregar mayores cantidades de obras de redes no previstas en el objeto inicial del Contrato, por valor de TREINTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS DOS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$37.901.402.666), y se dio aplicación expresa al numeral 14.1.2, inciso 8, del Contrato.
12. Conforme al Acta de Acuerdo suscrita el 22 de septiembre de 2011, se celebró, el día 22 de noviembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato.
13. El 19 de diciembre de 2011, se suscribió el Otrosí No. 3 al Contrato, mediante el cual se aclararon las cláusulas primera y tercera y la fecha de suscripción del Otrosí No. 2, se modificó el numeral 10.1 del valor estimado de las obras contratadas y se modificó el Apéndice A de la adenda 5.
14. El 30 de diciembre de 2011 se suscribió el Otrosí No. 4 al Contrato, modificando la cláusula cuarta del Otrosí No. 2 así: *“por razones presupuestales internas del municipio que hace necesario cambiar la fuente presupuestal de financiación para pagar DIEZ MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$10.698.000.000) más la financiación causada del DTF + 5% desde la fecha cumplida pasados los 30 días de radicada cada una de las facturas hasta la fecha en que se genere el pago por parte del Municipio de Santiago de Cali”*.
15. Las obligaciones correspondientes a la Etapa de Construcción fueron también cumplidas a cabalidad por parte del Concesionario por lo que se suscribió, entre el Municipio y el Consorcio, el día 23 de abril de 2012, el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción e Inicio de la Etapa de Conservación o de Repago.
16. El 30 de julio de 2012 se suscribió entre el Consorcio y el Municipio el Otrosí No. 5 al Contrato, en el que se redefinió el alcance básico del Proyecto MG-19 contenido en el Apéndice A de la Adenda 5 en el numeral 1.2.7.1, relativo al proyecto MG-19 “URBANISMO DE LA CIUDADELA EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS”, el cual sería inicialmente terminado el 20 diciembre de 2012 de conformidad con la Reprogramación 4 aprobada.

- 17.** El Municipio recibió las obras a satisfacción, tal como consta en el Acta de Verificación y Recibo a Satisfacción de Obras de Construcción y Obras para Redes, suscrita el día 14 de agosto de 2012.
- 18.** El 31 de agosto de 2012 fue suscrito, entre el Consorcio y el Municipio, el Contrato de Adición No. 2 al Contrato, en donde se acordó agregar al valor pactado en las cláusulas décima y undécima del Contrato, la suma global de MIL DOSCIENTOS NUEVE MILLONES CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS OCHO PESOS (\$1.209.046.608) M/L.
- 19.** El 24 de diciembre de 2012 fue suscrito entre las partes el Otrosí No. 6 al Contrato. Allí se adicionó un valor de TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$3.988.414.596) M/L a la suma total de las obras para redes.
- 20.** El 7 de junio de 2013 fue suscrito, entre el Consorcio y el Municipio, el Contrato de Adición No. 3 al Contrato, en donde se acordó agregar al valor pactado en las cláusulas décima y undécima del Contrato, la suma global de CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$5.622.037.267) M/L.
- 21.** El 12 de agosto de 2013 se suscribió entre el Consorcio y el Municipio el Otrosí No. 7 al Contrato, en el que se acordó modificar el numeral 2.2.1 literal b) del Apéndice A Capítulo 2 del Contrato, modificar el numeral 2.2.2.2 literal b) del Apéndice A Capítulo 2 del Contrato, modificar el numeral 3.3.1.1 literal b) del Apéndice A Capítulo 2 del Contrato, modificar el numeral 3.3.1.2 literal b) del Apéndice A Capítulo 1 del Contrato, modificar el numeral 1.4.3 literal b) Capítulo 1 del Apéndice D en lo que respecta a la CONSERVACIÓN DEL PAVIMENTO EN CONCRETO HIDRÁULICO-Evaluación de Rigurosidad, modificar el numeral 1.4.4 literal b) Capítulo 1 del Apéndice D, en lo que respecta a la CONSERVACIÓN DEL PAVIMENTO EN CONCRETO HIDRÁULICO-Evaluación de Rigurosidad.
- 22.** El 6 de diciembre de 2013, el Municipio y el Consorcio suscribieron el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 al Contrato. En su cláusula sexta se adiciona para las obras de redes, un valor de DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$278.770.888) M/L.
- 23.** El 7 de marzo de 2014 se suscribió entre el Consorcio y el Municipio el Otrosí No. 8 al Contrato, en el que se acordó la modificación del alcance físico del Proyecto establecido en el Apéndice A para el Proyecto MG-19 “URBANISMO DE LA CIUADAELA EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS”, y en consecuencia, el numeral 1.2.7.1 MG-19 URBANISMO DE LA CIUADAELA EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS, SUBNUMERALES 1.2.7.1.1 su “Descripción General”, 1.2.7.1.2 su “Localización general” y en el numeral 1.2.7.1.3 se consignaron lo “Alcances del proyecto”; se excluyen intervenciones de redes de servicios públicos húmedas y secas y se establece el alcance de las obras para redes; se limita la responsabilidad del Concesionario en lo atinente a la Megaobra MG-19 “URBANISMO DE LA CIUADAELA EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS” y se excluye del Contrato de

Concesión, en su totalidad, el área de intervención faltante del proyecto MG-19 “URBANISMO DE LA CIUDADELA EDUCATIVA EUSTAQUIO PALACIOS”, esto es, la zona comprendida entre el trazado de la vía correspondiente a la Carrera 50 entre calles 4A y 5.

24. El Acta de Recibo Final de las Obras, con la que se cierra la Etapa de Conservación o de Repago, fue suscrita entre el Municipio y el Contratista el día 23 de abril de 2014. Los considerandos números 3, 15, 19, 24, 25 y 33 de esta Acta, dan cuenta del cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del Contratista durante las distintas etapas del Contrato de Concesión, así como del recibo a satisfacción por parte del Municipio de la totalidad de las obras objeto de dicho Contrato...
25. El 15 de septiembre de 2014, según se dejó consignado en la Comunicación MEGACALI-EX-1061-2014 del 18 de septiembre de 2014, fue la Fecha Efectiva de Terminación del Contrato, acorde con lo establecido en su cláusula 39, en concordancia con el numeral 1.33 de la cláusula 1 del mismo.

B. HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO EN LOS PAGOS DE LAS OBRAS PARA REDES

26. El Municipio ha incurrido en mora en el pago de la totalidad de las facturas que presentó el Contratista por concepto de la remuneración correspondiente a la ejecución de las obras de redes. Así ha sucedido con el pago tanto de las facturas de las obras de redes originalmente contratadas, como de aquellas a través de las cuales se cobraban las obras adicionales de redes que posteriormente se contrataron por medio del Acta de Acuerdo de septiembre de 2010 (sic), los Otrosíes números 2 y 6 al Contrato y el Otrosí al Contrato de Adición número 3. Incluso, a la fecha de presentación de esta reforma de la demanda, varias de las facturas que vienen de mencionarse aún se encuentran pendientes de pago, como se encuentran también pendientes de pago, parte de los intereses de mora correspondientes.
27. De conformidad con lo estipulado en el numeral 14.1 de la cláusula 14 del Contrato, la remuneración de las Obras para Redes se debía realizar así:

“14.1 Valor de la Remuneración Mensual

*La remuneración por **Obras para Redes** que realice el **Municipio al Concesionario**, se hará mensualmente y remunerará las **Obras para Redes**, que se adelanten en las **Obras de Construcción Contratadas**.*

*Para el pago de la remuneración por **Obras para Redes** que realice el **Municipio al Concesionario** el **Interventor** verificará las **Cantidades de Obra para Redes**, y con base en la verificación que elabore el **Interventor** se establecerá el valor de la **Remuneración por Obras para Redes** y se consignará en las **Actas Mensuales de Verificación** que se suscriban.”*

28. Las facturas presentadas por concepto de las obras para redes ejecutadas de acuerdo a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, así como el acta de ajuste de las actas 1 a 6, correspondientes

todas al valor inicial de redes previsto en el Contrato, fueron pagadas tardíamente por el Municipio...

El valor de los intereses de mora causados por el retraso en el pago de las facturas, asciende a la suma de \$605.369.362, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos y la tasa de interés de mora contractualmente estipulada en la cláusula 38 del Contrato.

- 29.** Igual sucedió con las facturas presentadas por concepto de las obras de redes ejecutadas de acuerdo a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 9A, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (las actas 17 a 24 pagadas solo parcialmente), y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011, correspondientes todas al valor que fue adicionado para las obras de redes mediante el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 y el Otrosí No. 2 al Contrato, las cuales fueron también pagadas tardíamente por el Municipio...

Se precisa que de conformidad con lo estipulado en el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 y en el Otrosí No. 2 al Contrato, los recursos necesarios para ejecutar las obras adicionales de redes dispuestas en tales documentos serían financiados por parte del Contratista durante un período de hasta dieciocho (18) meses a una tasa de interés remuneratorio del DTF + 5 a los treinta (30) días de la presentación de cada una de las facturas de cobro de las actas de obra de redes ejecutadas mes a mes; estos intereses remuneratorios se pagarían mes vencido, previa presentación de la respectiva factura de cobro. También se estipuló que si el Municipio no llegaba a cumplir las obligaciones dinerarias correspondientes durante el referido período de dieciocho (18) meses, vencido el mismo, habría lugar al cobro de los intereses de mora previstos en la cláusula 38 del Contrato...

El valor de los intereses remuneratorios causados por las facturas asciende a la suma de \$3,247,450,978, teniendo en cuenta los días de plazo transcurridos y la tasa de interés remuneratorio contractualmente estipulada en el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 y en el Otrosí No.2 al Contrato.

Por su parte, el valor de los intereses de mora causados por el retraso en el pago de las facturas asciende a la suma de \$4.676.863.479, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos y la tasa de interés de mora de la cláusula 38 del Contrato conforme lo establece el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 (sic) y el Otrosí No.2 al Contrato.

- 30.** Las restantes facturas que ha presentado el Contratista, correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 (las actas 17 a 24 fueron pagadas solo parcialmente), 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36, a la fecha no han sido pagadas por el Municipio.

Se precisa que las actas 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 corresponden al valor que fue adicionado para las obras de redes mediante el Acta de Acuerdo del 22 (sic) de septiembre de 2012 y el Otrosí No. 2 al Contrato.

Las actas 25A, 26, 27, 28, 29, 30 y 31 corresponden al valor que fue adicionado para las obras de redes mediante el Otrosí No. 6 al Contrato; en

este Otrosí el Contratista no otorgó financiación para estas obras de redes adicionales, de manera que vencidos treinta (30) días calendario siguientes a la suscripción de la respectiva acta de verificación de redes, se genera mora a la tasa de interés de mora prevista en la cláusula 38 del Contrato.

Las dos últimas actas que fueron presentadas, esto es, las números 35 y 36, corresponden al valor que fue adicionado para las obras de redes mediante el Otrosí al Contrato de Adición No. 3. En este Otrosí, el Contratista tampoco otorgó financiación para las obras de redes que se adicionaron a través del mismo, de manera que la mora en el pago de las respectivas actas de verificación se genera vencidos treinta (30) días calendario siguientes a su suscripción, a la tasa de interés de mora prevista en la cláusula 38 del Contrato...

- Facturas de las actas de obra de redes ejecutadas bajo el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 y el Otrosí No. 2 al Contrato.

El valor de los intereses remuneratorios causados por las facturas asciende a la suma de \$2.969.449.684, teniendo en cuenta los días de plazo transcurridos y la tasa de interés remuneratorio contractualmente estipulada en el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 (sic) y el Otrosí No. 2 al Contrato.

Por su parte, el valor de los intereses de mora causados por el retraso en el pago de las facturas asciende a la suma de \$5.201.668.109, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos y la tasa de interés de mora de la cláusula 38 del Contrato, conforme lo establece el Acta de Acuerdo del 22 de septiembre de 2012 (sic) y el Otrosí No. 2 al Contrato.

- Facturas de las actas de obra de redes ejecutadas bajo el Otrosí No. 6 al Contrato.

El valor de los intereses de mora causados por el retraso en el pago de las facturas cuadro, asciende a la suma de \$1,911,897,702, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos y la tasa de interés de mora de la cláusula 38 del Contrato.

- Facturas de las actas de obra de redes ejecutadas bajo el Otrosí al Contrato de Adición No. 3.

El valor de los intereses de mora causados por el retraso en el pago de las facturas asciende a la suma de \$79.155.872, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos y la tasa de interés de mora de la cláusula 38 del Contrato.

- 31.** Ninguna de las facturas que presentó el Contratista por concepto de las obras de redes ejecutadas y por concepto de los intereses remuneratorios y moratorios que generaron las mismas, fueron rechazadas en su contenido por el Municipio.
- 32.** El Municipio abonó la suma de \$9.869.350.451 a los intereses remuneratorios y moratorios causados sobre las facturas presentadas por concepto de las obras para redes, quedando pendiente por pagar al 31 de agosto de 2015 la suma de \$12.149.314.114 por concepto de capital de las obras de redes

facturadas, y la suma de \$1.577.254.681, por concepto de los intereses de mora generados hasta esa fecha.

C. HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN

33. De acuerdo con la cláusula 13.1.2 del Contrato, el Municipio debía pagar al Contratista la siguiente remuneración durante la Etapa de Construcción:

“13.1.2 Remuneración en la Etapa de Construcción

*Una vez terminada la **Etapa de Pre-Construcción** e iniciada la **Etapa de Construcción** en los términos establecidos en el presente **Contrato** que se fija en dieciocho (18) meses, el **Municipio** pagará al **Concesionario** por concepto del primer pago, la suma de **VEINTISIETE MIL CUARENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL Pesos (\$27.049.305.000)** en **Pesos** corrientes; suma que se pagará al **Concesionario** el último día del mes en que se suscribió el **Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción**.*

*Una vez realizado el pago descrito en el párrafo anterior, el **Municipio** realizará al **Concesionario** por el cumplimiento de las obligaciones de la **Etapa de Construcción**, pagos **trimestrales** que se empezarán a contar desde la fecha en que se suscribió el **Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción**, siempre y cuando se hubiere cumplido por parte del **Concesionario** con los **HITOS** que se tienen programados en los plazos y formas establecidos en el presente **Contrato**.*

*Los pagos descritos anteriormente se harán conforme al cronograma de pagos descrito en el numeral 13.1.6.2 (sic) [13.1.5.2] del presente **Contrato**. (...)*

34. El numeral 13.1.5.2 del Contrato, a que refiere el numeral 13.1.2 anteriormente transcrito, establece el siguiente cronograma de pagos o traslados durante la Etapa de Construcción:

“13.1.5.2 Cronograma de Traslados durante la Etapa de Construcción

Trimestre (desde la Fecha de Inicio de la Etapa de Construcción)	Número de meses contados desde la Fecha de Iniciación	Remuneración Principal (Pesos Corrientes de Cada Mes)
1	8	18.486.887.000
2	11	10.672.324.000
3	14	8.823.635.000
4	17	13.265.755.000
5	20	13.265.755.000

35. En el numeral 13.1.5. del Contrato se estableció que los anteriores valores serían pagados al Contratista a más tardar el último día hábil del mes del respectivo trimestre, mediante el respectivo traslado de recursos de la Subcuenta de Pagos del fideicomiso a la Subcuenta Principal del Contratista...

36. Teniendo en cuenta que el día 21 de octubre de 2010 se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, las fechas límite que tenía el Municipio para pagar al Contratista las remuneraciones previstas durante la Etapa de Construcción, fueron las siguientes:

Pagos o Hitos	Fecha límite de pago
Primer Pago	1 de noviembre de 2010
Primer Hito	31 de enero de 2011
Segundo Hito	29 de abril de 2011
Tercer Hito	29 de julio de 2011
Cuarto Hito	31 de octubre de 2011
Quinto Hito	31 de enero de 2012

37. En el siguiente cuadro se identifica la fecha de cumplimiento del respectivo hito, la fecha límite para el pago de cada hito, la fecha y el valor de los pagos parciales o abonos realizados por el Municipio, y los días de intereses de mora causados con fecha de corte a 31 de agosto de 2015:

Hito	Fecha de cumplimiento del Hito	Fecha límite de pago de cada Hito	Valor Hito	Pagos parciales y/o Abonos Efectuados (Descantando impuestos)		Intereses Causados
				Fecha	Valor	Número de días de intereses de mora
N/A	29/10/2010	1/11/2010	27,049,305,000	4/11/2010	\$24,682,490,812	3
1	21/01/2011	19/02/2011	18,486,887,000	15/03/2011	\$17,745,105,598	26
2	21/04/2011	06/05/2011	10,672,324,000	23/05/2011	\$9,766,099,670	17
3	21/07/2011	29/07/2011	8,823,635,000	01/09/2011	\$8,086,040,057	31
4	21/10/2011	31/10/2011	13,265,755,000	23/03/2012	\$4,609,947,798	142
				09/05/2012	\$7,515,224,445	188
5	21/01/2012	31/01/2012	13,265,755,000	20/06/2012	\$1,853,126,769	139
				13/07/2012	\$3,598,981,645	162
				8/08/2012	\$3,461,029,074	187
				17/09/2012	\$3,191,438,649	226
				24/09/2012	\$64,172,832	233

El valor de los intereses de mora causados en el pago de los hitos reseñados en el anterior cuadro asciende, con fecha de corte al 31 de agosto de 2015, a la suma de \$3.643.732.504, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos

y la tasa de interés de mora contractualmente estipulada en la cláusula 38 del Contrato.

38. Ninguna de las facturas que presentó el Contratista por concepto de los hitos correspondientes a la Etapa de Construcción del Contrato y por concepto de los intereses moratorios que generaron las mismas, fueron rechazadas en su contenido por el Municipio.

D. HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSERVACIÓN

39. De acuerdo con el numeral 13.1.3 del Contrato, la remuneración en la Etapa de Conservación se haría por medio de *“pagos trimestrales que se harán conforme al cronograma de pagos descrito en el numeral 13.1.5.3 del presente Contrato”*...

40. En el numeral 13.1.5. del Contrato se estableció que los valores serían pagados al Contratista a más tardar el último día hábil del mes del respectivo trimestre, mediante el respectivo traslado de recursos de la Subcuenta de Pagos del fideicomiso a la Subcuenta Principal del Contratista...

41. Teniendo en cuenta que el día 23 de abril de 2012 se suscribió el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción e Inicio de la Etapa de Conservación o de Repago, las fechas límite que tenía el Municipio para pagar al Contratista las remuneraciones previstas durante la Etapa de Conservación, eran las siguientes:

Pago Trimestral	Fecha límite de pago
Primer Trimestre	30 de abril de 2012
Segundo Trimestre	31 de julio de 2012
Tercer Trimestre	31 de octubre de 2012
Cuarto Trimestre	31 de enero de 2013
Quinto Trimestre	30 de abril de 2013
Sexto Trimestre	31 de julio de 2013
Séptimo Trimestre	31 de octubre de 2013
Octavo Trimestre	31 de enero de 2014

42. En el siguiente cuadro se identifica la fecha en que se cumplía cada pago trimestral previsto en el cronograma del numeral 13.1.5.3 del Contrato para la Etapa de Conservación, la fecha límite para el pago de cada trimestre, la fecha y el valor de los pagos parciales o abonos realizados por el Municipio y los días de mora causados con fecha de corte a 31 de agosto de 2015:

Trimestre	Fecha cumplimiento trimestre	Fecha límite de pago de cada trimestre	Valor del hito	Pagos parciales y/o Abonos Efectuados (Descontando impuestos)		Intereses Causados
				Fecha	Valor	Número de días de intereses de mora
1	23/04/2012	30/04/2012	11,640,093,997	2/10/2012	\$2,795,746,325	151
				28/09/2012	\$1,479,669,559	147
				8/11/2012	\$1,307,428,175	187
				1/02/2013	\$2,454,840,000	270
				14/02/2013	\$1,631,648,579	283
				26/03/2013	\$935,184,842	325
2	23/07/2012	31/07/2012	11,640,093,997	26/03/2013	\$2,402,755,408	235
				30/04/2013	\$2,524,226,267	269
				22/05/2013	\$2,762,210,195	291
				25/06/2013	\$2,856,655,209	324
3	23/10/2012	31/10/2012	11,640,093,997	4/07/2013	\$33,294,226	243
				26/07/2013	\$2,175,966,334	265
				29/08/2013	\$2,360,392,644	298
				26/09/2013	\$3,362,490,000	325
				31/10/2013	\$2,620,673,844	360
4	23/01/2013	31/01/2013	11,640,093,997	31/10/2013	\$2,310,962,520	270
				1/12/2013	\$1,899,186,779	300
				27/12/2013	\$1,977,023,131	326
				2/01/2014	\$809,301,298	331
				25/02/2014	\$3,495,716,335	384
5	23/04/2013	30/04/2013	5,919,327,000	25/02/2014	\$5,322,658,838	294
6	23/07/2013	31/07/2013	5,919,327,000	27/03/2014	\$2,840,000,001	236
				28/03/2014	\$49,622,850	237
				5/05/2014	\$2,433,035,990	274
7	23/10/2013	31/10/2013	5,919,327,000	5/05/2014	\$1,739,258,629	184
				19/06/2014	\$1,609,542,703	228
				29/05/2014	\$1,973,857,508	208
8	23/01/2014	31/01/2014		19/06/2014	\$473,800,045	138

Trimestre	Fecha cumplimiento trimestre	Fecha límite de pago de cada trimestre	Valor del hito	Pagos parciales y/o Abonos Efectuados (Descontando impuestos)		Intereses Causados
				Fecha	Valor	Número de días de intereses de mora
			5,919,327,000	25/07/2014	\$1,875,471,484	174
				12/08/2014	\$1,723,128,480	191
				15/09/2014	\$1,250,258,830	224

El valor de los intereses de mora causados por la mora en la cancelación de los pagos trimestrales reseñados en el anterior cuadro asciende, con fecha de corte al 31 de agosto de 2015, a la suma de \$12.653.479.564, teniendo en cuenta los días de mora transcurridos y la tasa de interés de mora contractualmente estipulada en la cláusula 38 del Contrato.

43. Ninguna de las facturas que presentó el Contratista por concepto de los pagos correspondientes a la Etapa de Conservación del Contrato y por concepto de los intereses moratorios que generaron los mismos, fueron rechazadas en su contenido por el Municipio.

44. El Contratista ha requerido al Municipio el pago tanto de las facturas de obras para redes pendientes de cancelación como el de los intereses remuneratorios y/o moratorios debidos por concepto de la mora en el pago de las obras para redes y de la remuneración principal durante las Etapas de Construcción y Conservación, mediante múltiples comunicaciones y facturas cobrando dichos conceptos.

.....”

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Son pretensiones de la demanda reformada, las siguientes:

“.....

1. **PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LAS OBRAS PARA REDES**

PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2 (Zona Centro Oriente) suscrito con el **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010** el día 20 de mayo de 2010, al no pagar en forma completa y oportuna la remuneración correspondiente a la obra ejecutada por concepto de redes, de conformidad con la cláusula 14 del Contrato, el Acta de Acuerdo del 22 de Septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y las Actas Mensuales de Verificación de Redes suscritas entre las partes.

SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, en particular las cláusulas 7, literal a), y 14, al haber pagado en forma tardía, vulnerando los términos y plazos de pago contractualmente previstos, las facturas presentadas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9A, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (las actas 17 a 24 pagadas solo parcialmente), el acta de ajustes de las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011.

TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, en particular las cláusulas 7, literal a), y 14, al no haber pagado las facturas presentadas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 solo fueron pagadas parcialmente).

CUARTA PRINCIPAL: Que se declare que las sumas pagadas por el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** por concepto de Actas Mensuales de Verificación de Redes, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital, acorde con lo establecido por el artículo 1653 del Código Civil.

QUINTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la primera y/o segunda y/o cuarta pretensiones, se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** a pagar al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010** o a **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, o a **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.**, los saldos de capital y los intereses remuneratorios y moratorios causados, según sea el caso, correspondientes a las facturas presentadas por las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9A, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 (las actas 17 a 24 pagadas solo parcialmente), el acta de ajustes de las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011, de conformidad con las cláusulas 14 y 38 del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, el Acta de Acuerdo del 22 de Septiembre de 2011 y el Otrosí No.2 al Contrato.

SEXTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la primera y/o tercera y/o cuarta pretensiones, se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** a pagar al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010**, o a **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, o a **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.**, el valor total de las facturas presentadas por las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 y el saldo pendiente de pago de las facturas presentadas por las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24, con adición de los intereses remuneratorios y/o moratorios previstos en las cláusulas 14 y 38 del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, el Acta de Acuerdo del 2 de Septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato, acorde con lo dispuesto en la ley.

SÉPTIMA PRINCIPAL: Que se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** al pago de intereses sobre los intereses pendientes, a la máxima tasa de interés prevista legalmente, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, en razón a

que hay intereses debidos con más de un año de anterioridad a la presentación de esta demanda.

2. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN

OCTAVA PRINCIPAL: Que se declare que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, en particular las cláusulas 7, literal a), y 13, al haber pagado en forma tardía, vulnerando los términos y plazos de pago contractualmente previstos, la remuneración principal correspondiente al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la Etapa de Construcción.

NOVENA PRINCIPAL: Que se declare que las sumas pagadas por el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** por concepto de la remuneración principal en la Etapa de Construcción, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital, acorde con lo establecido por el artículo 1653 del Código Civil.

DÉCIMA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la octava y/o novena pretensiones, se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** a pagar al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010**, o a **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, o a **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.**, los saldos de capital y los intereses moratorios causados, correspondientes al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la remuneración principal en la Etapa de Construcción, a la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, acorde con lo dispuesto en la ley.

DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL: Que se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** al pago de intereses sobre los intereses pendientes, a la máxima tasa de interés prevista legalmente, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, en razón a que hay intereses debidos con más de un año de anterioridad a la presentación de esta demanda.

3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSERVACIÓN

DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, en particular las cláusulas 7, literal a), y 13, al haber pagado en forma tardía, vulnerando los términos y plazos de pago contractualmente previstos, la remuneración principal correspondiente a los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Etapa de Conservación.

DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL: Que se declare que las sumas pagadas por el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** por concepto de la remuneración principal en la Etapa de Conservación, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital, acorde con lo establecido por el artículo 1653 del Código Civil.

DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la décima segunda y/o décima tercera pretensiones, se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** a pagar al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010**, o a **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, o a **INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S.**, los saldos de capital y los intereses moratorios causados, correspondientes a los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la remuneración principal en la Etapa de Conservación, a la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, acorde con lo dispuesto en la ley.

DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Que se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** al pago de intereses sobre los intereses pendientes, a la máxima tasa de interés prevista legalmente, conforme al artículo 886 del Código de Comercio, en razón a que hay intereses debidos con más de un año de anterioridad a la presentación de esta demanda.

4. PRETENSIONES COMUNES

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A DÉCIMA QUINTA PRINCIPALES: En forma subsidiaria a las anteriores pretensiones primera a décima quinta principales, solicito que se declare que la falta de pago de varias de las Actas Mensuales de Verificación de Redes, así como la mora en el pago de las restantes Actas Mensuales de Verificación de Redes y de la remuneración principal durante las Etapas de Construcción y de Conservación, rompieron el equilibrio económico del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2 (Zona Centro Oriente).

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LAS PRETENSIONES PRIMERA A DÉCIMA QUINTA PRINCIPALES: Que como consecuencia de la anterior pretensión subsidiaria, se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** al pago de todas las sumas que compensen al **CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010** la mengua económica sufrida y se restablezca el equilibrio existente al momento de la celebración del Contrato en los términos acordados por las partes, y acorde con la ley.

DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: Que como quiera que el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 aún no ha sido liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se efectúe su liquidación teniendo en cuenta las condenas que se impongan en el laudo arbitral.

DÉCIMA SEXTA SUBSIDIARIA: Que como quiera que el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 aún no ha sido liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se ordene su liquidación teniendo en cuenta las condenas que se impongan en el laudo arbitral.

DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL: Que para el caso en que el **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** no diere cumplimiento inmediato al laudo arbitral que ponga fin al proceso que se inicia, se le condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena líquida, señalados en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMA OCTAVA PRINCIPAL: Que se condene al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** al pago de las costas y agencias en derecho.

.....”

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 RESPECTO DE LOS HECHOS

Sin formular medio exceptivo alguno, el apoderado de la convocada contestó la demanda y la reforma a la demanda negando algunos hechos, aceptando otros y aclarando en algunas oportunidades otros hechos, de la siguiente manera:

A. FRENTE A LOS HECHOS GENERALES SOBRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

En este capítulo confirma algunos hechos y puntalmente aclara otros especialmente los siguientes:

Aclara en respuesta al hecho No. 11: *“...que a partir del acta de acuerdo del contrato de concesión en adelante. Para el segmento cuantificado en 27.203.402.666 de la ampliación del valor del contrato por mayores cantidades de obras para redes no previstas inicialmente, mantuvo vigente la regulación original sobre la tasa correspondiente a la DFT +5% para la financiación de recursos a causarse al vencimiento de los treinta días posteriores a la presentación de cada una de las cuentas de cobro por obras ejecutadas mes a mes, hasta la fecha en que en efecto se cancelaran por EL MUNICIPIO los recursos objeto del crédito y solo dentro del término de 18 meses previsto a título remuneratorio. Pero modificó respecto al cobro de los intereses por mora la tasa inicialmente establecida en el inciso 8 del numeral 14.1.2, para fijarla de manera bilateral de acuerdo con lo establecido en la cláusula 38 del contrato de concesión, es decir, en el IBC +1/3. Para el otro segmento de obra adicional cuantificado en 10.698.000.000 se estableció en el párrafo primero de la cláusula primera de la mencionada acta de acuerdo que la tasa de interés de la DTF +5% se mantenía hasta la fecha en que se cancelaran las obligaciones financiadas, eliminándose la aplicación del interés de mora.”*

Así mismo en respuesta al hecho No. 19 manifiesta: *“Es cierto de manera parcial lo que refiere este hecho de la demanda sobre la suscripción del Otrosí No. 6 de fecha 24 de diciembre de 2012, pero aclarando lo siguiente: De un lado, si bien ese Otrosí estaba movido por el propósito de introducir una adición al valor del contrato con respecto a obras para redes, no sucedió lo mismo en materia de intereses, porque el desarrollo del tema incorporó por el enlace de los puntos*

suspensivos puestos en la parte final del nuevo texto, lo que ya consagraba el inciso 8º de la cláusula 14.1.2 del Contrato de Concesión, disposición ésta que es la llamada a continuar rigiendo sin alteraciones.

Se quiere significar que aunque el Otrosí No. 6 no trata específicamente el tema de intereses, no por eso hay lugar a interpretar que los suprimió, porque al concluir la frase de la cláusula que introdujo la adición, la misma mediante los puntos suspensivos [...] denota que por virtud de los mismos se tiene el propósito de evitar transcribir el resto del texto anterior con la finalidad de no volverlo a mencionar, significando esto que las modificaciones de cada momento se circunscribieron al valor del Contrato de Concesión y, por ello, no aplican para la liquidación de intereses, por encontrarse la materia regulada por acuerdo bilateral en el inciso 8º de la cláusula 14.1.2 del Contrato de Concesión.

De consiguiente, para el tramo indicado las tasas de interés remuneratorio y moratorio se mantuvieron de conformidad con las estipulaciones del contrato inicial.”

Frente al hecho 22 expresa: *“Es cierto de manera parcial lo que refiere este hecho de la demanda sobre el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato de Concesión de fecha 24 de diciembre de 2012, pero aclarando lo siguiente:*

De un lado, si bien ese Otrosí estaba movido por el propósito de introducir una adición al valor del contrato con respecto a obras para redes, no sucedió lo mismo en materia de intereses, porque el desarrollo del tema incorporó por el enlace de los puntos suspensivos puestos en la parte final del nuevo texto, lo que ya consagraba el inciso 8º de la cláusula 14.1.2 del Contrato de Concesión, disposición ésta que es la llamada a continuar rigiendo sin alteraciones.

Se quiere significar que aunque el citado Otrosí no trata específicamente el tema de intereses, no por eso hay lugar a interpretar que los suprimió, porque al concluir la frase de la cláusula que introdujo la adición, la misma mediante los puntos suspensivos [...] denota que por virtud de los mismos se tiene el propósito de evitar transcribir el resto del texto anterior con la finalidad de no volverlo a mencionar, significando esto que las modificaciones de cada momento se circunscribieron al valor del Contrato de Concesión y, por ello, no aplican para la liquidación de intereses, por encontrarse la materia regulada por acuerdo bilateral en el inciso 8º de la cláusula 14.1.2 del Contrato de Concesión.

En consecuencia, para el tramo indicado las tasas de interés remuneratorio y moratorio continuaron siendo las pactadas de conformidad con las estipulaciones del contrato inicial.”

Niega el hecho 24 afirmando que *“No es cierto de la manera planteada, pues la satisfacción total respecto de las obras requiere su entrega sin pendientes ni reservas, lo que no sucedió en este caso.”*

B. FRENTE A LOS HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO EN LOS PAGOS DE LAS OBRAS PARA REDES.

Niega la totalidad de los hechos de éste capítulo afirmando de manera reiterada, que la parte convocada nunca incurrió en la mora que se le atribuye, que *“La metodología utilizada por el demandante para el cálculo de los supuestos intereses que reclama es equivocada y no se ajusta a las estipulaciones contractuales.”*; que el municipio realizó los pagos de manera constante a lo largo de la ejecución del contrato. Afirma que el Municipio actuó de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión, a su tenor literal y estricto sentido, por lo que no le son atribuibles los incumplimientos que se invocan.

Reitera que *“la entidad demandada nunca jamás ha incurrido en incumplimiento alguno; contrariamente se atuvo a su sentido e interpretación literal, teniendo en cuenta para sus liquidaciones de remuneraciones las estipulaciones que correspondían, con las tasas que se precisaban.”*

Así mismo resalta que *“El Municipio con la plena aquiescencia tácita del Concesionario, estableció acuerdos que modificaron la fecha de pago de las obligaciones por virtud de la expedición de nuevas facturas que nacieron a la vida pública sin la vocación de generar intereses durante tiempos pretéritos...”*

Frente al hecho 30 señala: *“No es cierto. Se observa que no es adecuada la distribución entre días de plazo y días de mora que presentan más de 540 días de mora, por cuanto desconocieron en estos eventos que se consideraban días de atraso en plazo los que alcanzarán 540 días y solo se consideraban de mora los que se presentaran con posterioridad. Se hace esta afirmación porque el inciso 8º de la cláusula 14.1.2 del Contrato de Concesión reza literalmente: (...) “El Municipio se obliga a cancelarlo, con recursos de su presupuesto pero si al cabo de los 18 meses no se ha cancelado el faltante, el Concesionario cobrará un interés de mora a la tasa máxima permitida por la ley.” Es clara por completo la referida estipulación contractual en prever que durante los 18 meses, equivalentes a 540 días, siguientes al crédito la obligación devengaría intereses remuneratorios; luego empezarán a correr los de mora.”*

Frente al hecho 31 expresa: *“No es cierto. No puede perderse de vista que ante todo entre las partes el convenio del Contrato de Concesión para efectos de pago de la contraprestación a favor del demandante, dependía de que por parte de la Interventoría se expidieran conformidad técnica en Actas de Verificación sobre la ejecución de obra de que se tratara, para que le naciera al Concesionario el derecho de cobrar, solo mediante facturas que por disposición tributaria se constituyen en elemento obligatorio para el efecto, por razón de las cuales se imponía en primer lugar su aceptación expresa por el deudor como lo manda la Ley 1258 de 2008, aspecto que no solo configura el título valor desde el punto de vista cambiario sino que también es requerido para entender que contiene obligaciones representativas de sumas de dinero que pusieran en evidencia que El Municipio es deudor. Si las facturas son manifestación unilateral del acreedor desde el punto de vista de su formalidad, no adquieren el carácter de título valor y, en consecuencia, no existen como tales en el mundo jurídico, en tanto que del deudor no procedan, como sucede cuando el mismo no las firma expresamente. Si las facturas carecen de firma y constancia de aceptación expresa por parte del deudor, no tiene aplicación el procedimiento legal que se relaciona con el rechazo y devolución de esos documentos a que se contrae la Ley 1258 de 2008, porque se reitera que la aceptación no es considerada por la ley como un hecho tácito que pueda resultar del silencio de la persona a la que se le atribuyen las obligaciones. Es por ello que como en este caso se echa de menos la aceptación expresa de las facturas por parte del Municipio, las aducidas, independientemente de que no lo hayan sido en proceso ejecutivo, carecen de mérito para obligar al Municipio deduciendo su condición de deudor de la que habla la parte demandante. El Contrato de Concesión no es por si solo el documento que constituya el título para hacer las reclamaciones económicas en las que se compromete el concesionario mediante su demanda, teniendo en cuenta que si bien es fuente generadora de los derechos y obligaciones, por su diseño le impone a ese accionante el deber de facturar sus servicios como único instrumento idóneo para que le resultara posible el cobro extraprocésal y aun judicial y/o arbitral.”*

Frente al hecho 32 manifiesta: *“No es cierto que el Concesionario hubiese recibido tan solo abonos a las obligaciones o que la parte demandada hubiese cumplido parcialmente con el pago de obligaciones a su cargo. Es lo cierto que esta entidad canceló lo que le corresponde al accionante por la ejecución de las obras objeto del Contrato de Concesión, aun obrando de conformidad con las cláusulas leoninas de este documento, que le son perjudiciales y generan detrimento patrimonial con las pretensiones de la reforma a la demanda...”*

Concluye afirmando que *“por tratarse cada factura de una obligación independiente y con un derecho propio, El Municipio, haciendo uso de dicha atribución - con las autorizaciones que le dispensan los artículos 1653 y 881 de los Códigos Civil y Comercial, integrantes de las normas de derecho privado que aplican a los contratos estatales, - y, como se evidencia en sus soportes por desembolso, canceló las facturas originadas por la ejecución de las obras para redes, al haber imputado la totalidad de los pagos al valor del capital de las mismas, sin que el Concesionario hiciera manifestación alguna en contrario, silencio que hace las veces de aceptación implícita.*

Se quiere significar que al haber realizado la imputación de pagos primeramente al capital y no a los intereses, al momento del desembolso se extinguió la obligación principal por cumplimiento y, por ende, la accesoria por concepto de intereses.

Por tal razón, no le es dado ahora a la parte demandante pretender imputar deudas por concepto de intereses que corresponden realmente a capitales que ya fueron cobrados y cancelados.”

C. FRENTE A LOS HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN.

Niega la totalidad de los hechos de éste capítulo manifestando que algunos *“No son hechos, son reproducciones de diferentes cláusulas del contrato, que se pretenden utilizar como distractores para distorsionar la realidad sobre el comportamiento de pagos de la parte demandada, que los realizó de manera constante y en la debida forma a lo largo de la ejecución del contrato.”*

Reitera que *“para efectos de pago de la contraprestación a favor del demandante, dependía de que por parte de la Interventoría se expidieran conformidad técnica en Actas de Verificación sobre la ejecución de obra de que se tratara, para que le naciera al Concesionario el derecho de cobrar.”*

Igualmente reafirma que, *“Si las facturas carecen de firma y constancia de aceptación expresa por parte del deudor, no tiene aplicación el procedimiento legal que se relaciona con el rechazo y devolución de esos documentos a que se contrae la Ley 1258 de 2008”*

D. HECHOS RELATIVOS AL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LA ETAPA DE CONSERVACIÓN.

Niega la totalidad de los hechos de éste capítulo, adicionalmente manifiesta que varias de las exposiciones no corresponde a hechos, sino simplemente a la transcripción de las cláusulas del contrato *“que se pretenden utilizar como factores*

de distracción para interpretar subjetivamente el comportamiento de pagos de la parte demandada, que los realizó de manera constante y en la debida forma a lo largo de la ejecución del contrato, que el demandante ha utilizado para la liquidación del cálculo de los intereses una metodología errónea, manejada a su amaño y que no corresponde a una interpretación verídica del contrato de concesión.”

Frente al hecho 43 reitera “que para efectos de pago de la contraprestación a favor del demandante, dependía de que por parte de la Interventoría se expidieran conformidad técnica en Actas de Verificación sobre la ejecución de obra de que se tratara, para que le naciera al Concesionario el derecho de cobrar, solo mediante facturas que por disposición tributaria se constituyen en elemento obligatorio para el efecto, por razón de las cuales se imponía en primer lugar su aceptación expresa por el deudor como lo manda la Ley 1258 de 2008, aspecto que no solo configura el título valor desde el punto de vista cambiario sino que también es requerido para entender que contiene obligaciones representativas de sumas de dinero que pusieran en evidencia que El Municipio es deudor.”

Sostiene que “no es de recibo que pretextando falta de rechazo de las facturas se quiera transmitir la idea equivocada de que contra la naturaleza del contrato de Concesión le correspondía al demandado asumir la financiación del proyecto, lo que determina claras diferencias en torno a las reclamaciones de la demanda que de manera trial creen que el cronograma de pagos tenía que resultar inamovible con respecto al de hitos, omisión ésta de las dos partes contractuales en el sentido de que no hicieron los ajustes escritos necesarios para que el cronograma de hitos fuera de la mano con el de pagos de modo que los últimos retribuyeran lo efectivamente ejecutado con recursos aportados por el concesionario.

Para la parte demandante es sencillo dejar de advertir que no obstante lo dicho en precedencia, la ejecución del contrato para efectos de la causación de los pagos debía forzosamente mirarse de manera integral, porque solo así se entendía que se daba cumplido respeto a la forma contractual convenida, cuya naturaleza es determinante a efectos de que el Tribunal acometa en su laudo el estudio de fondo del problema.”

Y finalmente frente al hecho 44 manifiesta: “No es cierto. Favorablemente omite el demandante manifestar que para la etapa de conservación el Municipio canceló anticipadamente, es decir, antes de que se hicieran exigibles, dichas obligaciones.”

3.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES

La Convocada en la contestación a la demanda y su reforma se opuso a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas manifestando que la controversia gira en torno al supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión por la hipotética falta de pago de facturas, las cuales no contienen firmas de aceptación de las obligaciones, ni la manifestación de compromiso de pago por parte del Municipio; y que en la medida en que los documentos base de las reclamaciones no tienen la constancia de recibo, firmada por el municipio ni por sus funcionarios, como constancia de su aceptación expresa, es evidente que no provienen del municipio y, en consecuencia, no constituyen prueba alguna en su contra.

Así mismo objetó el juramento estimatorio, por considerar que lo reclamado y estimado bajo juramento no corresponde a la realidad y argumenta lo dicho con fundamento en el dictamen técnico presentado con su escrito de contestación a la demanda y su reforma.

3.3. EXCEPCIONES DE MÉRITO

Tanto en la contestación de la demanda como en la contestación de la reforma a la misma, el apoderado de la parte convocada, no propuso excepciones de mérito.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. INSTALACIÓN

- 1.1.** Las partes de común acuerdo en reunión celebrada en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, el 05 y el 21 de mayo de mayo de 2015 designaron como árbitros a los Doctores Enrique de Jesús Gil Botero, Juan Carlos Henao Pérez y Luis Fernando Álvarez Jaramillo como principales, y a los doctores Fernando Pabón Santander y Hernán Darío Mejía Álvarez como suplentes.
- 1.2.** El 9 de julio del año 2.015, en la audiencia prevista para la instalación del Tribunal, el doctor Luis Fernando Álvarez Jaramillo declinó el nombramiento por estar inhabilitado; en consecuencia el Centro de Conciliación informó al Dr. Pabón suplente numérico designado, quien aceptó el cargo.

- 1.3.** Posteriormente, el 10 de agosto del año 2.015, se instaló el Tribunal de Arbitramento, habiendo sido designado como presidente al doctor Fernando Pabón Santander, y como secretaria a la doctora Lyda Mercedes Crespo Ríos. Se fijó como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la secretaria, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali, y se reconoció personería al apoderado de la parte convocante. Así mismo mediante auto No. 2 de la misma fecha el Tribunal admitió la demanda arbitral y dispuso la notificación personal de dicho proveído.
- 1.4.** El Municipio de Santiago de Cali, fue notificado personalmente de la demanda, el día 24 de agosto de 2015.
- 1.5.** El día 16 de septiembre de 2015 por intermedio de apoderado judicial la convocada, contestó la demanda.
- 1.6.** Por auto de fecha 21 de septiembre de 2015 se corrió traslado a la parte convocante de la objeción al juramento estimatorio formulada por la parte convocada en la contestación de la demanda. Durante el término del traslado la parte convocante presentó escrito mediante el cual solicitó pruebas.
- 1.7.** El 5 de noviembre de 2015 presentó renuncia la secretaria y por auto del 9 de noviembre de 2015 se nombró como reemplazo a la Dra. María del Pilar Ramírez Arizabaleta, quien aceptó el cargo y se posesionó el 25 de noviembre de 2015.
- 1.8.** El 20 de noviembre de 2015 el apoderado de la parte convocante presentó reforma a la demanda, la cual fue admitida por auto de fecha 25 de noviembre de 2015, notificado el día 26 de noviembre de 2015
- 1.9.** El 27 de noviembre de 2015 el apoderado de la parte convocada presentó recurso de reposición contra el auto que admitió la reforma de la demanda. Dicho recurso fue resuelto por el tribunal, negándolo, por auto de fecha 10 de diciembre de 2015.
- 1.10.** El 28 de diciembre de 2015 el apoderado de la parte convocada contestó la reforma a la demanda y objetó el juramento estimatorio.
- 1.11.** Por auto de 7 de enero de 2016 el Tribunal señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación. Contra dicha providencia el apoderado de la

parte convocada interpuso recurso de reposición para que fuera aplazada la audiencia de conciliación, y concedido el recurso se aplazó la audiencia.

- 1.12.** El 8 de febrero de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación entre las partes, y se declaró fracasada, mediante auto de la misma fecha y a continuación, fueron señaladas las sumas por concepto de gastos y honorarios de funcionamiento del Tribunal.
- 1.13.** Dentro del término legal la parte convocante consignó las sumas señaladas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, la parte convocada no consignó el monto que le correspondía por los citados honorarios y gastos y posteriormente, dentro del término legal adicional, la parte convocante consignó la parte de honorarios y gastos que le correspondía pagar a la convocada.
- 1.14.** La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el día 19 de abril de 2016, audiencia en la cual el Tribunal, asumió competencia mediante auto que se encuentra ejecutoriado y decretó las pruebas solicitadas por las partes. Además, la citada fecha marca el comienzo del plazo con que cuenta el tribunal para proferir el laudo, lo que pone de presente que se está en oportunidad de hacerlo, tomadas en consideración las suspensiones que las partes solicitaron de común acuerdo, en varias ocasiones y que se relacionan en acápite posterior de este laudo.

2 PRUEBAS

Las pruebas fueron practicadas de la siguiente manera:

- 2.1.** En audiencia celebrada el 16 de mayo de 2016 tomó posesión del cargo de perito el señor Julio César Chaparro Castro, actuando en su calidad de representante legal de la sociedad ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A., firma designada para rendir el peritaje.
- 2.2.** El 17 de mayo de 2016 el tribunal recibió las declaraciones de los testigos José Moreno Barco, Carlos Mauricio Arango Domínguez, Víctor Manuel Bonilla Henao.
- 2.3.** El 23 de junio de 2016, se practicaron las Inspecciones Judiciales con Exhibición de documentos a la sede del Consorcio Infraestructura Cali 2010 y en las oficinas de Fiduciaria de Occidente S.A.

- 2.4.** En audiencia celebrada el 24 de junio de 2016, el tribunal recibió las declaraciones de los testigos Gabriel Mauricio Cabrera Galvis en su calidad de representante legal de la firma Cabrera & Bedoya Banqueros de Inversión y de la señora Claudia Cecilia Castillo Pico. En esa misma audiencia el Tribunal aceptó el desistimiento de los testimonios de Mauricio Cepeda Pizarro, y del interrogatorio de los peritos Enrique Villota y Luis Mario Guijo.
- 2.5.** Por auto de fecha 29 de julio de 2016 se corrió traslado a las partes, del dictamen pericial rendido por la firma ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A.
- 2.6.** Por auto de fecha 10 de agosto de 2016 el Tribunal ordenó a la firma ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A. absolver las solicitudes de aclaración y complementaciones al dictamen pericial presentadas por las partes, con las salvedades señaladas en dicho auto. Así mismo ordenó oficiar a la Fiduciaria de Occidente S.A. para que aclarara la respuesta enviada con fecha 10 de junio de 2016.
- 2.7** El 11 de agosto de 2016 el apoderado de la parte convocante solicitó la nulidad del auto de fecha 10 de agosto de 2016. Dicha solicitud se resolvió, previo traslado a la parte convocada, por auto de fecha 24 de agosto de 2016 negando la nulidad.
- 2.8** Por auto de fecha 6 de septiembre de 2016 se dio traslado a las partes de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial rendido por la firma ÍNTEGRA AUDITORES Y CONSULTORES S.A.
- 2.9** Por auto de fecha 4 de octubre de 2016 el Tribunal dispuso la incorporación al expediente de las experticias aportadas por cada una de las partes con ocasión de la contradicción del dictamen pericial rendido dentro del proceso.

3 ALEGATOS.

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el tribunal, el 18 de noviembre de 2016 ambas partes efectuaron sus alegaciones finales de las cuales presentaron los correspondientes resúmenes que obran en autos.

4 CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO:

Abril 19 de 2016	Primera Audiencia de Trámite
Octubre 18 de 2016	Vencen los seis meses
PRIMERA SUSPENSIÓN	36 días corrientes del 18 Mayo/16 a 22 Junio/16 (Acta No.14 de 17 de mayo de 2016)
SEGUNDA SUSPENSIÓN	30 días corrientes del 25 Junio/16 a 24 Julio/2016 (Acta No. 17 de 24 de junio 2016)
TERCERA SUSPENSIÓN	37 días corrientes del 12 Oct/16 a 17 Nov/16 (Acta No. 24 de 11 de Octubre de 2016)
CUARTA SUSPENSIÓN	76 días corrientes del 19 Nov/16 a 2 Feb/17 (Acta No. 25 de 18 de Noviembre de 2016)
TOTAL SUSPENSIONES	179 días

EN CONCLUSIÓN:

6 meses iniciales vencen en: octubre 18 de 2016

Más 120 días corrientes de suspensión

Vencimiento final en: febrero 15 de 2017

En este orden de ideas, en atención a que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado regularmente y que en su desarrollo no se advierte que se haya incurrido en defecto generador de alguna causal de nulidad, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y, en orden a hacerlo, son pertinentes las siguientes consideraciones.

IV CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. MARCO TEÓRICO DE LA CONTROVERSIA.

I. El Contrato de Obra Pública y el Contrato de Concesión de Obra Pública como tipologías contractuales conforme a la Ley y a la Jurisprudencia Colombianas.

Desentrañar la verdadera naturaleza de los contratos es tarea ardua para juez y doctrina, por las incidencias que dicha labor tiene en el tratamiento jurídico que se le otorgue a la relación contractual, con independencia de la denominación que las partes de consuno le hayan otorgado. En efecto, bien puede suceder que, a pesar de haberse denominado dicha relación de una o de otra manera, la realidad del clausulado o la intención de las partes contiene un convenio de naturaleza jurídica disímil. Adecuar el texto contractual o aún la intención informal de las partes a lo que el ordenamiento jurídico establece, es una de las labores más importantes del juez, por los efectos prácticos que en algunos eventos pudiere tener y, de cualquier forma, por la pureza teórica de la argumentación de la sentencia.

Resulta entonces indispensable mencionar que conforme a la Ley¹, se pueden identificar en los contratos elementos que son de su esencia, de su naturaleza y aquellos que son puramente accidentales. La jurisprudencia ha identificado y expuesto que de los elementos esenciales de cada contrato se deriva la verdadera tipología contractual. De forma reiterada, lo ha puesto de presente la Jurisprudencia Contencioso Administrativa:

“En definitiva, cada tipo contractual está integrado por la síntesis de sus elementos esenciales, vale decir, de aquellos ingredientes sin los cuales o no produce efecto alguno o *“degenera en otro contrato diferente”* —artículo 1501 C.C.— o se reputa inexistente —artículo 891 C. de Co.—, así como por aquellos elementos que precisan su naturaleza y singular identidad, con independencia del nombre, rótulo o título que al vínculo contractual concreto hayan optado por asignar las partes (...)”².

Y en sentencia más reciente el mismo Consejo de Estado dijo:

“(…) la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan asignarle las partes o de las expresiones que ellas utilicen en el clausulado

¹ Código Civil Colombiano. Artículo 1501: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390.

del negocio, sino que dicha modalidad deriva, fundamentalmente, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate (...)"³

Así, entonces, cuando se esté en eventos como el presente, en el que la naturaleza jurídica del contrato pudiere traer consecuencias con incidencia en la decisión, el Juez está en el deber⁴, aún de oficio, de determinar la tipología del pacto dentro del cual surge la controversia puesta en su conocimiento.

Corresponde entonces al Tribunal referirse a las características de los contratos de obra y de concesión de obra pública, que son aquellos dos en discusión por las partes durante el litigio, para posteriormente determinar la naturaleza jurídica del contrato No. 4151.1.14.26.004-10 suscrito el 20 de mayo de 2010 entre el Municipio de Santiago de Cali y el Consorcio INFRAESTRUCTURA CALI 2010, dentro de cuya ejecución y cumplimiento surgió la controversia origen del presente proceso arbitral.

1. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El Estatuto General de Contratación Pública, Ley 80 de 1993, en el numeral 1° del artículo 32, establece respecto del contrato de obra:

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

Conforme a la norma, el contrato de obra tiene por objeto la intervención material que se realiza sobre bienes inmuebles y se celebra con la finalidad de realizar trabajos públicos para la satisfacción de las necesidades del interés general. Las características esenciales de dicho contrato, de acuerdo con la ley y lo desarrollado por la jurisprudencia, pueden ser resumidas así:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente: 20342.

⁴ “el Juez se encuentra en el deber de dilucidar la verdadera naturaleza del contrato cuando del acervo probatorio se advierte duda sobre este aspecto e incide en la decisión a adoptar.” Laudo Arbitral del 4 de Marzo de 2013, Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Isla Barú Contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de noviembre de 2011, Expediente: 11001-3103-005-2000-01474-01

- a. Es un contrato típico y nominado.⁵
- b. Es un contrato solemne en tanto siempre debe ser elevado a escrito.⁶
- c. Como todo contrato estatal debe ser celebrado por una entidad estatal.⁷
- d. Es un contrato oneroso⁸, conmutativo⁹ y sinalagmático.
- e. El objeto del contrato se centra en la intervención de un bien inmueble de propiedad o no del Estado¹⁰, y que puede estar destinado o no a la prestación de un servicio público¹¹.

⁵ El artículo 32 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de obra pública, establece las características y estructura del mismo.

⁶ Así lo establece el artículo 39 de la Ley 80 de 1993: “Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad. Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.”

⁷ Artículos 1 y 2 de la Ley 80 de 1993

⁸ Código Civil, Artículo 1497: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.”

⁹ Código Civil, Artículo 1498: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.”

Ley 80 de 1993, artículo 27: “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.

¹⁰ En este sentido ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado: “Resulta importante destacar para un cabal entendimiento de este instrumento negocial que la legislación colombiana denomina al contrato como “contrato de obra” cuya fuente siempre será irremediamente un trabajo público, y no propiamente o de manera exclusiva como contrato de obra pública, lo cual tiene incidencia directa en la naturaleza del bien inmueble sobre el que recaiga el trabajo público generador de la obra contratada por la administración, el cual entre nosotros, no es solo el inmueble público sino también el privado, cuando así lo permita la naturaleza de la necesidad pública a ser atendida. Pues bien, para nuestra legislación el contrato de obra, no tiene dentro de sus elementos esenciales que el resultado de ese trabajo material sea de propiedad del Estado. Se entiende que la obra no siempre constituye un patrimonio público, comoquiera que en ocasiones las entidades estatales realizan obras directamente o por intermedio de un contratista, cuyo resultado no va a pertenecer al patrimonio público; incluso en ocasiones puede pertenecer a los particulares, sólo que son realizadas en desarrollo de las funciones sociales del Estado. Piénsese por ejemplo, en las obras que puede realizar la administración pública para atender a los damnificados de un terremoto, o de una inundación en sus bienes inmuebles afectos al hecho de la naturaleza y este asunto se ha convertido en una cuestión determinante en la configuración normativa del contrato, lo cual lo diferencia con el contrato de simple prestación de servicios, cuando los mismos están dirigidos a realizar intervención sobre bienes muebles. Si se hubiese nominado como contrato de obra pública, un evento como este no podría encuadrarse dentro de tal categoría o tendría que elaborarse distinciones como las transcritas de la doctrina.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de Julio de 2015, Expediente: 39122.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente: 20342. “lo importante, entonces, a la hora de calificar el negocio jurídico como un contrato estatal de obra en el sistema jurídico colombiano vigente lo constituye, de un lado, que el contrato lo celebre una entidad estatal y, de otro, que comporte la realización de actividades materiales respecto de un bien inmueble que puede pertenecer, o no, al Estado y que puede estar destinado, o no, a la prestación de un servicio público.”

- f. Esa intervención material objeto del contrato de obra se refiere a actividades de transformación sobre bienes inmuebles como por ejemplo, la construcción, mantenimiento, instalación, dependiendo de las necesidades de cada entidad en concreto.¹²
- g. Es un contrato de tracto sucesivo.¹³
- h. Es un contrato que se puede ejecutar bajo cualquier modalidad, forma o mecanismo de contraprestación, que siendo lícita, dependa de la planeación y necesidad del servicio público.¹⁴

Son pues, las anteriores características, las que definen la esencia del contrato de obra según lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado como los laudos arbitrales que se han referido al asunto.

2. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

A diferencia del Decreto 222 de 1983 que mencionaba la concesión como un mecanismo para la forma de pago del contrato de obra pública¹⁵, el numeral 4° del

¹² Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2015, Expediente: 39122. “Las prestaciones propias del objeto del contrato de obra, no corresponden a un desarrollo taxativo y cerrado del legislador, se trata a no dudar de un simple listado apenas enunciativo, pues, la administración tiene la potestad de adicionar otras, las que requiera de acuerdo a sus necesidades que impliquen siempre intervención sobre bienes inmuebles.”

¹³ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 31 de enero de 2008, Expediente 33010: “Es menester señalar que el contrato de obra es de aquellos que se denominan de tracto sucesivo; cuya ejecución o cumplimiento se prolonga en el tiempo.”

Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente: 20342: “El de obra, entonces, es un contrato estatal (...) de tracto sucesivo en la medida en que su ejecución precisa de prolongación en el tiempo, lo cual posibilita que durante el transcurso de la misma tengan lugar entregas parciales —con la consecuente suscripción de actas parciales de obra— sin perjuicio de la obligación a cargo del contratista de alcanzar el resultado final.”

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de Agosto de 2011, Expediente 18080: “Así, es pertinente anotar que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 *ibidem*) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5º, literal c).”

En igual sentido, Laudo Arbitral del 18 de febrero de 2016. Tribunal de Arbitramento de Estaciones de Metrolínea Ltda. contra Metrolínea S.A. Cámara de Comercio de Bucaramanga, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición: “El de obra, es un contrato celebrado por una entidad estatal (...) cuya modalidad de ejecución y pago del precio admite toda posibilidad lícita en el tráfico jurídico, ya por administración delegada, bien por reembolso de gastos u honorarios, sea fijo, variable, determinado, determinable, unitario, global o alzada.”

¹⁵ “Ahora bien, en lo relevante a la distinción del contrato de concesión de obra pública frente al contrato de obra pública, el artículo 82 del Decreto Ley 222 de 1983 establecía de manera expresa que la concesión de obra pública era una forma de financiación del contrato de obra pública.” Laudo Arbitral del 4 de marzo de 2013, Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Isla Barú Contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación.

artículo 32 de la Ley 80 de 1993, estableció la concesión de obra pública como una tipología contractual independiente y autónoma:

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

Respecto del Contrato de Concesión, en Sentencia C- 300 de 2012 de la Corte Constitucional, se expuso:

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

Como bien lo ha desarrollado la jurisprudencia colombiana¹⁶, existen tres tipos de contrato de concesión: la concesión de obra pública, la concesión de servicios y la concesión para la explotación de bienes públicos.

En lo que tiene que ver con el Contrato Autónomo de Concesión de Obra Pública -que es aquél que ha sido calificado por una de las partes como aquél al que pertenece el contrato objeto del presente laudo- conforme a la Ley, sus

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencias C- 250 de 1996, C – 126 de 1998, C – 983 de 2010 y C – 300 de 2012

características según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, pueden ser resumidas así:

- a. Es un contrato típico y nominado.
- b. Es un contrato solemne en tanto siempre debe ser elevado a escrito.
- c. Como todo contrato estatal debe ser celebrado por una entidad estatal.
- d. Es un contrato oneroso, conmutativo o aleatorio conforme a cada caso particular¹⁷.
- e. El objeto del contrato es la construcción, explotación y conservación total o parcial de una obra o bien destinado al servicio o al uso público.¹⁸
- f. Es un contrato en el que el concesionario asume por su cuenta y riesgo la ejecución del objeto de la concesión, lo cual implica que es el contratista quien está llamado a soportar la financiación del contrato, consiguiendo los recursos financieros requeridos para la construcción, conservación y/o explotación de la obra. Su remuneración y utilidad estará traducida en el rendimiento financiero que obtenga como consecuencia de la ejecución del contrato, sin importar la modalidad ni la fuente de pago.

Esta característica no implica que el Concesionario deba soportar de forma absoluta todos los riesgos derivados de la respectiva contratación,¹⁹ los cuales en todo caso serán objeto de distribución entre los contratantes como lo establece la Ley, con la finalidad, entre otras, de mantener el equilibrio financiero contractual, el cual debe en todos los casos mantenerse cuando se altera por causas no imputables al concesionario.

¹⁷ Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2006. Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil Contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A. Refiriéndose a las características del contrato de concesión, se dijo: “puede ser de naturaleza aleatoria o conmutativa según su disciplina normativa, su objeto, las estipulaciones contractuales, la utilidad de la relación negocial y el interés de las partes, en tanto las prestaciones podrán ser equivalentes, determinadas y ciertas o indeterminadas y determinables e inciertas y sujetas a factores contingentes desde su celebración.”

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 27 de marzo de 2014, Expediente: 26939. Respecto de las actividades del contrato de concesión de obra pública: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 24 de septiembre de 2008, Expediente: 16370: “La actividad de construcción implica “la creación de una obra de arquitectura o de ingeniería” y esas actividades las desarrollan profesionales que prestan sus servicios generalmente a cambio de una remuneración. La actividad de explotación, por su parte, conlleva “obtener utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. Conservar, a su vez, es mantener “una cosa en su ser, darle permanencia en un periodo de tiempo a una cosa o un bien. Esto implica continuidad de la obra, del bien o de la estructura; es proseguir en lo que se está ejecutando”. De ahí que “Se entiende por obras de mantenimiento aquellas obras civiles, mecánicas, eléctricas y del sistema de control de carácter periódico, necesarias para optimizar las condiciones de operación de la infraestructura o servicio, que permitan al concesionario garantizar la operación eficiente de la infraestructura concesionada, y la prestación continua y adecuada del servicio público.”

¹⁹ Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2006. Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil Contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.

- g. Es un contrato de tracto sucesivo²⁰.
- h. Es un contrato que se puede pactar bajo cualquier mecanismo o forma de contraprestación, dependiendo de las necesidades y planeación de cada entidad pública, lo que quiere decir que la remuneración a la que tiene derecho el concesionario puede provenir de cualquier fuente²¹, entre otras, dineros provenientes directamente de los usuarios de la obra, y dinero del presupuesto de la entidad concedente.
- i. Es un contrato en el que la reversión es un elemento esencial.²²

De la lectura de las características anteriores se pueden observar las diferencias con el contrato de obra, que serán dilucidadas a continuación.

3 DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE OBRA Y EL CONTRATO DE CONCESIÓN.

De las características propias de cada una de esas tipologías contractuales, es evidente que, si bien existen elementos comunes como con suficiencia lo ha

²⁰ Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2006. Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.

Ver también: Laudo Arbitral del 18 de febrero de 2016. Tribunal de Arbitramento de Estaciones de Metrolínea Ltda. Contra Metrolínea S.A. Cámara de Comercio de Bucaramanga, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición

²¹ “De acuerdo con la redacción del numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que regula el contrato de concesión en general, cabe la posibilidad de que la remuneración del contratista no esté constituida exclusivamente por los recursos obtenidos de la explotación de la obra construida”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 1 de agosto de 2016, Expediente: 29204

Laudo Arbitral del 10 de diciembre de 2014, Transatlántico S.A. contra Transmetro S.A.S.

²² Ley 80 de 1993, Artículo 19: “En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

Corte Constitucional, Sentencia C- 259 de 1996 “Cabe destacar, como ya se indicó, que una particularidad del contrato de concesión, es que debe contener obligatoriamente la cláusula de reversión -que constituye una prerrogativa exorbitante de obligatoria inclusión en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado-, en cuya virtud los bienes y demás elementos directamente afectados a la concesión o explotación de los bienes estatales pasan a ser de propiedad de la entidad contratante, una vez terminado el plazo contractual -que es el término o período que las partes estiman suficiente para recuperar los costos del proyecto, intereses de capital empleado y demás gastos financieros y operativos-, sin compensación alguna.

Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia.

Jurídicamente la transferencia se justifica en la medida en que ella obedece a que el valor de tales bienes está totalmente amortizado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los presupuestos del vencimiento del término. Ese valor de los bienes que se utilicen para el desarrollo y ejecución del contrato de concesión, se paga por el Estado al momento de perfeccionar la concesión.

desarrollado la justicia arbitral²³, entre ellas existen diferencias fundamentales que tienen que ver con la esencia del contrato mismo y que superan la denominación legal contenida en la Ley 80 de 1993.

De lo expuesto en precedencia, se resaltan dos elementos diferenciadores: la forma de financiación del contrato y la finalidad perseguida. La doctrina ha expuesto:

“La diferencia entre el contrato de obra pública y de concesión de obra y servicios públicos está en la remuneración del contratista y en la gestión del contrato. En el contrato de obra pública el que ejecuta la obra y percibe el precio de la entidad estatal es un tercero para los administrados. Su objeto es construir una obra pública por cuenta de la Administración. En cambio, en la concesión el concesionario es remunerado por los administrados mediante peaje o contribución de mejoras. En la gestión del contrato de obra pública el elemento más importante es la construcción, mientras que en la concesión es la construcción para la explotación.”²⁴

Por su parte, un sector de la más autorizada doctrina española, expone que lo realmente importante dentro del contrato de concesión de obra pública es la explotación:

“La concesión es, básicamente, un sistema para la gestión privada de las infraestructuras pero no, necesariamente, para su financiación con cargo a recursos privados. Lo que tiene de peculiar esta figura es que se externaliza una actividad que, de otro modo, sería atendida de forma directa por los servicios de las Administraciones públicas y eso es lo que reflejan las fórmulas anglosajonas conocidas por las siglas BOT (*Build, Operate and Transfer*), DBOT (*Design, Build, Operate and Transfer*) y otras similares. Lo realmente importante de todas esas fórmulas es la fase de operación

²³ “Ambos contratos, el de obra y concesión se rigen prevalente y preferentemente por el Estatuto de Contratación contenido en la Ley 80 de 1993, las normas que lo modifican y reglamentan ‘en las materias particularmente reguladas’, a su contenido se incorporan los principios del interés público, social o general la función administrativa y los servicios públicos (artículos 1º y 209 de la Constitución Política), y en lo no previsto, su régimen legal aplicable es el Derecho Privado, civil o comercial.

En los contratos estatales, incluido el de obra pública y concesión, el equilibrio económico y financiero, es principio de orden público (*ius cogens*), y por consiguiente, ‘la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar’, de manera ‘que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio’” artículos 27; inc. 2, 4 n°. 3-8-9; 5-1, 14-1, 23, 25-14, 27 y 28 Ley 80 de 1993; 32 Ley 1150 de 2007; Decreto 2474 de 2008; 2º, 13, 58, 83 y 90 de la Constitución Política).

En consecuencia, cuando se presenten circunstancias que lo alteren, ya por actos de autoridad, bien por causas extrañas a la esfera jurídica de una o ambas, ora sobrevenidas, extraordinarias, imprevistas, imprevisibles o irresistibles y no imputables, se impone el deber legal de restablecerlo, más aún por la naturaleza onerosa y conmutativa del contrato estatal.” Laudo Arbitral del 18 de febrero de 2016. Tribunal de Arbitramento de Estaciones de Metrolínea Ltda. Contra Metrolínea S.A. Cámara de Comercio de Bucaramanga, Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición.

²⁴ Jose Luis Correa, El ente o el sujeto licitante, en Contratos Administrativos, Abeledo Perrot - Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, Página172.

(*operate*) que se encomienda al concesionario de una infraestructura y que nosotros traducimos como explotación. Se trata, como finalidad primordial, de poner en práctica el *outsourcing*, por el convencimiento de que el empresario particular es mucho más apto que la Administración para gerenciar una explotación económica. El hecho de que la explotación se remunere con cargo a recursos públicos o privados es algo diferente para esta fórmula, que admite todo tipo de remuneración.

No obstante lo dicho, hay que poner de manifiesto que en las concesiones de obra la remuneración del empresario es referible a una contraprestación por la obra previamente realizada. En sentido propio, esta remuneración es la transferencia del derecho a explotar la obra y cobrar por ello (...)²⁵.

En la misma línea de lo expuesto por la doctrina, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha afirmado:

“Lo dicho pone de presente que la concesión, en cualquiera de sus modalidades, es un contrato que se distingue de otros tipos negociales con los cuales tiene cierta proximidad en punto a su objeto —obra pública, servicios públicos, etcétera— por razón del factor consistente en quién asume, entre otras responsabilidades, la de la financiación de la ejecución de la obra, de la asunción de la prestación del servicio o de la explotación del bien del cual se trate, toda vez que dicha financiación correrá, en la concesión, por cuenta del concesionario, mientras que el repago de la misma es el que habrá de efectuarse por cuenta del usuario o beneficiario de la obra a largo plazo o por la entidad contratante misma, con el consiguiente margen de riesgo empresarial que asume el concesionario, dado que despliega una gestión directa suya y no a nombre de la entidad concedente; precisamente en la concesión la Administración encarga a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos, tanto técnicos como financieros, requeridos para su ejecución, asegurándole el repago de la inversión que él realiza mediante la cesión, por parte de la entidad concedente —o autorización de recaudo o pago directo— de “derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

²⁵ GASPAR ARIÑO ORTÍZ – JOSE LUIS VILLAR EZCURRA. Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obra, en Revista de obras públicas. Extraordinario Num. 3425, Madrid, Octubre 2002, pp. 189 y ss

La fuente de los recursos destinados a financiar la ejecución del objeto material de la concesión y particularmente la responsabilidad de su consecución, constituye por tanto, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional y, *“distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”*²⁶; ello da lugar a entender que la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos.

En ese orden de ideas, la utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del “precio” pactado —equivalente al valor de la obra ejecutada, para citar el ejemplo del típico contrato de obra—, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para la realización del objeto contractual o, en otros términos, en el retorno de la inversión realizada; dicho retorno constituye, entonces, el móvil que conduce al concesionario a la celebración del convenio; de este modo pueden, entonces, visualizarse las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: el beneficio estatal se concreta en la realización de la obra, en la prestación del servicio o en la explotación del bien de dominio público, sin que para tal fin se haya visto precisado a afectar el presupuesto del Estado, y el del contratista concesionario, a su turno, en los rendimientos del capital invertido.”²⁷

Por su parte, la jurisprudencia arbitral ha dicho desde hace ya varios años:

“La concesión de obra pública, en los términos de su definición legal, no es cosa distinta que una de las múltiples modalidades permitidas por la ley para la ejecución de una obra pública; en efecto, su construcción se “comete” o encarga por la administración a un particular, quien se hará cargo de la consecución de los recursos —técnicos y financieros— requeridos para su ejecución, asegurándose el repago de la misma, mediante la cesión

²⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 559.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Expediente: 14390.

por la entidad concedente, autorización de recaudo o pago directo de “derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”²⁸ Será entonces la fuente de los recursos destinados a financiar la construcción de la obra, el elemento básico que integra la definición del negocio concesional, distinguiéndolo del tradicional contrato de obra pública: Su construcción se acometerá con “la financiación a cargo del concesionario pero repago por los terceros usuarios mediante el pago de una suma, denominada corrientemente peaje²⁹ –sin perjuicio de cualquier forma de repago que adopten las partes en el contrato-. Este elemento “distingue claramente la concesión del contrato de obra pública, porque en éste la retribución del contratista consiste en un precio”.³⁰

Lo anterior ha dado pie para que se defina la concesión, más que como un contrato estatal de obra bajo una determinada modalidad –sistema concesional-, como un típico negocio financiero: El particular destina a la construcción de una obra pública recursos propios o gestados por él bajo su propia cuenta y responsabilidad, y el Estado se obliga al pago de los mismos mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley para el repago de la inversión privada y sus rendimientos, de conformidad con las estipulaciones que a tal efecto se pacten por las partes en el contrato. La utilidad o ventaja económica que se persigue con la celebración de este contrato por el particular concesionario no surge del “precio” pactado equivalente al valor de la obra ejecutada, como ocurre en el típico contrato de obra, sino en el rendimiento de los recursos invertidos para su construcción, o en palabras más técnicas en el retorno de la inversión realizada. Este retorno constituye, entonces, en tanto móvil que conduce a la celebración del convenio, la ecuación económica o equivalente económico del contrato para el concesionario. Son entonces claras las ventajas perseguidas por las partes en el contrato de concesión: El beneficio estatal se concreta en la obra misma, sin que a tal fin se haya afectado el presupuesto del Estado; y el del contratista concesionario en los rendimientos del capital invertido.”³¹

²⁸ Artículo 32, numeral 4, Ley 80 de 1993.

²⁹ La cesión del peaje, pontazgo o los derechos que deben pagar los usuarios por el uso de la obra pública en tanto bien público de uso público, constituye el modo más usual de garantizar el repago de la inversión al concesionario.

³⁰ Sayaguez Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, No. 559. (nota de pie de página original dentro del aparte del Laudo Arbitral transcrito)

³¹ Laudo Arbitral del 24 de Agosto de 2001. Tribunal de Arbitramento de Concesión Santa Marta – Paraguachón S.A. Contra Invias.

No desconoce el Tribunal que, como se ha visto, las diferencias fundamentales entre el contrato de obra y la concesión de obra pública resultan de la forma de financiación del contrato y de la explotación que de la misma obra haga el concesionario. La jurisprudencia reciente ha expuesto que es la explotación y operación de la obra construida por el concesionario el elemento esencial para que el contrato sea considerado como una verdadera concesión y no como un típico contrato de obra pública. Así, en reciente laudo arbitral, luego de un profundo análisis, se estableció:

“En conclusión, a partir de todo lo hasta aquí explicado para el Tribunal es clara la diferencia que existe entre el contrato de obra pública y el contrato de concesión de obra pública: En el contrato de obra pública, la actividad del contratista debe limitarse a la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble a cambio de un precio, el cual puede incluir cualquier modalidad de pago (abono con presupuesto público o cesión de una tarifa), independientemente de que su ejecución sea financiada por el contratista; en cambio, en el contrato de concesión de obra pública la actividad del contratista se concreta no simplemente por la ejecución de un trabajo material sobre un bien inmueble, sino en la operación y explotación económica de esa obra pública, siendo ésta su objetivo y finalidad, independientemente de que la remuneración consista en el producto de esa explotación económica, en la cesión de una tarifa o de un tributo o en el pago directo con cargo al presupuesto público.”³²

Establecidas las diferencias entre los dos contratos objeto de estudio, pasa el tribunal a aplicarlas en el caso concreto sometido a su consideración.

II. Naturaleza del contrato No. 4151.1.14.26.004.10

Como ya se indicó, en términos generales el juez tiene la potestad y el deber de interpretar la calificación jurídica que se le haya dado a un contrato, y en términos particulares dicha potestad se vuelve imperativa porque la parte convocada en sus alegaciones manifestó que, a pesar de la denominación dada en el texto del contrato, se está realmente frente a uno de obra pública.

³² Laudo Arbitral del 10 de Diciembre de 2014. Tribunal de Arbitramento de Transatlántico S.A. Contra Transmetro S.A.S.

En igual sentido, Laudo Arbitral del 4 de Marzo de 2013, Tribunal de Arbitramento de Consorcio Vial Isla Barú Contra Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias – Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena de Indias. Cámara de Comercio de Cartagena, Centro de Arbitraje y Conciliación.

Si bien el contrato fue adicionado y aclarado mediante varios documentos contractuales, en ninguno de ellos se modificó su objeto ni la esencia de las obligaciones del concesionario, por lo que el tribunal analizará algunas de las cláusulas contenidas en el contrato principal.

Así, dentro del convenio suscrito entre el convocante y la convocada existen las siguientes cláusulas:

1. **Objeto:** De acuerdo con la cláusula No. 2 del contrato No. 4151.1.14.26.004-10 su objeto era “el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, realice por su cuenta y riesgo la Financiación, Ajustes y/o realización completa y suficiente de los Diseños que se requieran, Gestión Social, Predial, Ambiental, Construcción, Conservación y Transferencia de obras de Infraestructura, Espacio Público y Recuperación de la Malla Vial Arterial y Local para la Movilidad del Grupo 2 para el Municipio de Santiago de Cali.”

El Tribunal llama la atención que para la ejecución del objeto contractual pactado, en la cláusula 6ª del contrato se establecieron las obligaciones principales del contratista que, en lo pertinente, regularon de manera específica el cumplimiento de las actividades objeto del contrato, especialmente las de realización o ajuste de diseños (cláusula sexta, literal b); las de construcción de obras (cláusula sexta, literales f, g y h); las de gestión ambiental (cláusula sexta, literal n) y las de gestión predial (cláusula sexta, literal o).

2. **Plazo.** La cláusula 4 del contrato establece un plazo estimado de cuarenta y seis (46) meses contados a partir del Acta de Inicio, y conforme a lo establecido en la cláusula 5ª del contrato, la ejecución del objeto contractual y su alcance, estaba dividida en 4 etapas:

* Etapa preliminar, con una duración de 30 días calendario contados desde la suscripción del contrato, que terminaba con la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Preconstrucción.

* Etapa de Pre – Construcción, con una duración de cuatro (4) meses desde la suscripción del Acta de Inicio hasta la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Construcción. Durante esta etapa debían cumplirse las obligaciones contenidas en los numerales 5.2.1 a 5.2.8 del contrato.

* Etapa de Construcción, a la que se le dio una duración estimada de dieciocho (18) meses. A renglón seguido se estableció que la duración efectiva de esta etapa de construcción correspondería al término que corriera entre la fecha

de suscripción del Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y la fecha en que el Concesionario terminare con las Obras de Construcción y Obras para Redes, lo cual se entendería con la suscripción de Acta de Finalización de la Etapa de Construcción.

Dentro de esta etapa se debían terminar completamente y poner en servicio las obras contratadas y las obras para Redes. Adicionalmente se debían realizar las labores de compra de Predios, la Gestión Predial, las Labores Ambientales, las Labores de Gestión Social, y las actividades relacionadas con los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos contempladas en el Apéndice F del contrato.

* Etapa de Conservación o Repago, con una duración de 24 meses desde la suscripción del Acta de Finalización de la Etapa de Construcción. Durante esta etapa el Concesionario debía mantener las Obras de Construcción ejecutadas durante la Etapa de Construcción de tal manera que siempre se cumpliera con las especificaciones y el diseño.

3. **Valor.** El valor estimado del contrato se pactó en la suma de \$189.952'324.232³³ que se pagarían con recursos provenientes de la Contribución de Valorización por Beneficio General comprometiendo en el año 2010 vigencias futuras correspondientes a los años 2010, 2011, 2012 y 2013 por los valores consignados en la cláusula 12 del contrato.

4. **La remuneración del contrato y pagos.** Para efectos de remuneración, dentro del contrato se estipuló: a) Remuneración Principal, reglado en las cláusulas 13.1 a 13.1.6.3; b) Remuneración para Obras para Redes, establecido en la cláusula 14; c) Remuneración por Gestión Predial bajo las condiciones de la cláusula 15; y d) Remuneración por Obras para Demoliciones de acuerdo con lo expuesto en la cláusula 16.

El esquema y los cronogramas de pago estipulados por las partes serán materia de análisis en acápite ulterior de esta providencia, en la medida en que el objeto del proceso atañe precisamente a la oportunidad en la que el Municipio hizo los pagos al Concesionario.

5. **Riesgos.** De acuerdo con la cláusula 9 del contrato, previa la discusión de Ley, se definieron y distribuyeron los riesgos del contrato de la manera como quedó establecido en la matriz contenida en el anexo 8 del pliego de condiciones.

³³ Cláusula 11 del Contrato.

Así, el Consorcio INFRAESTRUCTURA CALI 2010, asumió expresamente los siguientes riesgos:

- a. Riesgos relacionados con los Estudios y Diseños.
- b. Riesgos relacionados con la Gestión Predial.
- c. Riesgos relacionados con la Gestión Social.

6. **Reversión:** En la cláusula 33 del contrato, se pactó la cláusula de reversión en la que se establece textualmente:

“Sin perjuicio de la obligación que le asiste al Concesionario en cuanto a la ejecución de las Obras de Construcción Contratadas a que se refiere este Contrato, se entenderá que el Municipio se hará propietario de las obras y predios que conforman el Proyecto al momento de su ejecución y consecuente recibo definitivo (...)

(...) No serán objeto de reversión los equipos, la maquinaria, los vehículos y los demás bienes muebles que hubiere empleado el Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.”

El Municipio señaló al contestar la demanda (contestación a los hechos 36 y 37, por ejemplo) que el cronograma de pagos del contrato “estaba directamente relacionado con el de hitos en el contexto de un contrato de concesión caracterizado porque le corresponde al concesionario financiar el proyecto”, lo que, según la contestación, fue distorsionado por la convocante “ya que se deja de lado que en realidad no se trataba de un contrato de obra”.

En el mismo sentido, la convocada sostiene que al haberse alterado el cronograma de hitos de obra “generó que el Municipio hubiese realizado pagos anticipados certificados por la firma Cabrera y Bedoya Banca de Inversión en sus dictámenes periciales, situación que contradice la naturaleza del contrato de concesión y que el Concesionario quiere llevarse de calle para generar con sus dichos la apariencia de una supuesta mora que como tal no se configura porque el del presente proceso no es un contrato de obra” (sic).

Al contestar el hecho 37 de la demanda, la convocada sostuvo que la aspiración de la demanda es “trasladar cargas económicas que solo tendrían su razón de ser en el contexto de un contrato de obra”.

Sin embargo, pese a lo expresado en la contestación de la demanda en relación con que a juicio del Municipio, la convocante pretendía desconocer la naturaleza del contrato de concesión para cobrar los intereses que reclama en la demanda,

en sus alegaciones finales la convocada sostuvo que “en el presente caso se distorsionó de tal manera el contrato de concesión, que en sus características se aproxima más a uno de obra estatal, habida consideración de que a la par que en varias oportunidades se reprogramó el cronograma de hitos para que la entrega de las obras tuviese lugar después de distintas y repetitivas prórrogas, lo propio no sucedió con relación al cronograma de pagos...”. Posteriormente, agregó en sus alegaciones finales que “la desnaturalización jurídica del contrato de concesión, que en la práctica se vio reflejada en el pago como si se tratase de un contrato de obra, por la cancelación anticipada de sumas de dinero correspondientes a obras no ejecutadas, por razón de la adecuación de los cronogramas, le trajo múltiples beneficios económicos al demandante...”.

Las transcripciones que se acaban de hacer, denotan que la posición del Municipio en relación con la naturaleza del contrato materia de este litigio no fue uniforme, ni tampoco clara. En efecto, en la contestación de la demanda le atribuyó al Concesionario la intención de querer desconocer que el contrato era de concesión, al paso que en sus alegaciones finales, con apoyo en el criterio financiero del experto Mauricia Cabrera Galvis y en la declaración de este último, el Municipio sostuvo que había ocurrido una desnaturalización jurídica del contrato. Esa ambigüedad en la argumentación de la convocada no permite entonces concluir si el Municipio pretende reivindicar que se trata de un contrato de concesión como lo sostuvo en la contestación o que el contrato es de obra pública como parece sostenerlo en sus alegaciones finales, con lo cual no es clara cuál es la defensa del Municipio, ni en qué le puede beneficiar una y otra argumentación.

De las estipulaciones contractuales transcritas y de las demás que integran el Contrato 4151.1.14.26.00-10, teniendo en cuenta el contenido del numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así como las características que la jurisprudencia nacional ha desarrollado como propias del contrato de Concesión de Obra Pública y que se han mencionado en precedencia, considera el Tribunal que existen elementos que pueden llevar a considerar que el negocio jurídico del cual surge la presente controversia tiene características de un contrato de obra pública y no de concesión de obra pública.

En efecto, algunas de las obligaciones que adquirió el consorcio INFRAESTRUCTURA CALI 2010 resultan propias y específicas del contrato de obra pública más que de aquel de concesión. Así por ejemplo, con la construcción y conservación por un tiempo de la obra, se da por finalizada la ejecución del contrato y ello con independencia de las particulares obligaciones que respecto de

la gestión predial existieron y que en principio pudieren parecer ajenas a un simple contrato de obra.

Sin embargo, por otra parte no puede perderse de vista que en las cláusulas 5 y 6 del contrato se estipularon prestaciones a cargo del Concesionario relativas a la obligación que contrajo de “Obtener la financiación necesaria y suficiente para el desarrollo del **Proyecto**” (Cláusula 6, letra d) y la de constituir el fideicomiso pactado y “efectuar los aportes a las respectivas subcuentas del **Fideicomiso** en los términos señalados en el **Contrato**” (Cláusula 6, letra e). Prestaciones del mismo linaje fueron incorporadas en la cláusula 5.2.1. por la que el Concesionario se obligó a “acreditar que el primer aporte a la **Subcuenta de Interventoría** ha sido efectivamente realizado y que el mismo corresponde al monto señalado en el literal a) del numeral 26.3.2. sin perjuicio que el **Concesionario** deba hacer los aportes a la **Subcuenta de Interventoría** en los términos y plazos previstos en el numeral 26.3.3. de la CLAUSULA 26...” . De igual manera, en la cláusula 5.2.2. el Concesionario se obligó a obtener el Cierre Financiero, para lo cual el Municipio debía expresar su conformidad con los documentos que aportara el Concesionario para acreditar la existencia de los recursos destinados a la financiación de las inversiones necesarias para el cumplimiento del objeto contractual.

Este tipo de prestaciones que implican un compromiso del contratista para conseguir la financiación del contrato y de las obras a su cargo, corresponden más con la naturaleza del contrato de concesión que, como quedó visto, descansa por lo general sobre el supuesto de que el esfuerzo financiero y la consecución de fondos para el proyecto está a cargo del contratista.

Lo cierto es que revisado el objeto del presente litigio, no se encuentra que exista una controversia de carácter fundamental en relación con la naturaleza del contrato. La convocante no deduce pretensiones relacionadas con dicha materia ni invoca como fundamento medular de sus aspiraciones resarcitorias el hecho de que el contrato sea de concesión. Por su parte, como quedó visto, la argumentación del Municipio en relación con este punto no es certera, ni asertiva. Amén de lo anterior, para el tribunal resulta claro que la definición en uno u otro sentido respecto de la naturaleza del contrato —que se repite, no es materia litigiosa que deba ser definida en esta providencia— no altera de ninguna manera la orientación del análisis de los asuntos que deben resolverse en este laudo, ni tampoco resulta determinante para el sentido de las definiciones que se adoptarán, en particular en lo que concierne a los intereses que reclama la convocante y al monto de los mismos.

Así, dentro del marco teórico que se ha precisado, continuará el Tribunal analizando las pretensiones de la convocante que, en todo caso, se circunscriben

a la petición de declaratoria de incumplimiento del contrato No. 4151.1.14.26.004-10, en lo relativo a los pagos a cargo de la entidad demandada.

III. De los intereses moratorios en el contrato estatal.

Hoy en día, a diferencia de lo que ocurría décadas atrás, no cabe duda de que en los contratos estatales, ante el incumplimiento de la obligación de pagar una suma de dinero, la administración pública está obligada a cancelar al contratista los perjuicios que se deriven de su retardo, deber que fue consagrado expresamente en el numeral 8º del artículo 4º de la ley 80 de 1993 y que obedece a los principios de buena fe, reciprocidad y conmutatividad, que gobiernan todos los contratos sinalagmáticos. Sin embargo, aunque ya no existe manto de duda sobre este aspecto, fue necesario recorrer un largo camino antes de que llegara a admitirse, primero por vía jurisprudencial, y luego por vía legislativa, que en los contratos celebrados por el Estado es posible pactar intereses moratorios y que además su pago y reconocimiento es una obligación de la entidad y un derecho del contratista, en aras de preservar el equilibrio económico del contrato³⁴.

Es así como, en un principio, la administración gozaba del privilegio de no pagar intereses de mora, amparada inicialmente en el criterio de la inexigibilidad del *lucrum cessans*, y posteriormente con fundamento en los principios del control parlamentario del gasto público, de la especialidad de las partidas y de la inexistencia de la mora culposa por retardo del pago³⁵. Por fortuna, esta visión del todo ajena a la naturaleza y a los principios que rigen las relaciones sinalagmáticas fue abandonada de manera paulatina. El primer paso se dio en la Sala de Consulta y Servicio Civil, que en concepto emitido el 3 de octubre de 1977, no vaciló en señalar que tal como ocurre en el ámbito del derecho privado, el contrato estatal es también ley para las partes, por lo que la mora en el pago de los créditos a cargo de cualquiera de ellas debe generar consecuencias, que se traducen en el reconocimiento y cancelación de intereses moratorios:

“Nadie puede negar que así como el contrato privado legalmente celebrado es ley para las partes (C.C., art. 1602), así lo es el administrativo; que unos y otros deberán ejecutarse de buena fe (art. 1603 *ibídem*); que en ambos se puede dar el evento de la mora en casos de incumplimiento o el

³⁴ Sobre la evolución normativa y jurisprudencial de los intereses moratorios en los contratos estatales, puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 2007, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 15.756, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 19.597 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2005, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13.635.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-892 de 22 de agosto de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

enervamiento de sus efectos en los eventos del artículo 1609; que la indemnización de perjuicios comprende, por regla general, el daño emergente y el lucro cesante, y se debe desde que el deudor esté constituido en mora”

Pese a lo anterior, en razón a que el decreto ley 222 de 1983 —Estatuto de Contratación Administrativa que regía anteriormente— no regulaba el tema de los intereses moratorios, seguían existiendo dudas sobre la posibilidad de pactarlos, vacío normativo, que aunado a la división entre contratos administrativos propiamente dichos y contratos de derecho privado, que incorporó el decreto 222³⁶, generó una posición intermedia, según la cual la posibilidad de pactar intereses de mora dependía del tipo de contrato, así:

i) Si se trataba de un contrato administrativo propiamente dicho no era posible pactar el pago de intereses moratorios, en razón a que al no existir norma expresa que así lo autorizara, la entidad carecía de competencia para ello y además, porque las normas de orden presupuestal no permitían reservar partidas para el pago de intereses. Al respecto señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 10 de agosto de 1987³⁷:

“El principio de legalidad que no permite hacer a los funcionarios públicos sino aquello para lo cual están expresamente autorizados por la ley, encuentra su origen y fundamento constitucional en los artículos 20 y 63 de la Carta Política.

“De conformidad con los preceptos constitucionales mencionados, los funcionarios Públicos son responsables no solamente por infracción de la Constitución y de las leyes, sino por dos causales específicas y que no es posible predicar de los particulares: La extralimitación de funciones, o la omisión en el ejercicio de estas. Y, además, todas sus funciones requieren estar detalladas en ley o reglamento.

³⁶ Esta clasificación que generó un mar de confusiones en varios aspectos de la contratación estatal, fue consagrada en el artículo 16 del decreto ley 222, según el cual eran contratos administrativos: los de concesión de servicios públicos, los de obras públicas, los de prestación de servicios públicos, los de suministro, los interadministrativos internos que tengan esos mismos objetos, los de explotación de bienes del Estado, los de empréstito, los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico – FOCINE-, los de conducción de correo y los de asociación para la prestación del servicio de correo y los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

De otro lado, en el mismo artículo se definieron los “contratos de derecho privado de la administración”, “los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 10 de agosto de 1987, C.P. Javier Henao Hidrón, Exp. 115.

“En desarrollo del principio de legalidad, la ley solamente autoriza a la administración para pactar en los contratos las *cláusulas propias* usuales conforme a su naturaleza, y, además, las denominadas forzosas u obligatorias: Caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales, garantías, multas, penal pecuniaria, y renuncia a reclamación diplomática cuando a ello hubiere lugar (art. 60 del Decreto - ley 222 de 1983). De igual modo, los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales previstos en el Título IV.

“Son de la *naturaleza* de un contrato -dice el Código Civil- aquellas cosas que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial (art. 1501).

“Con todo, la administración debe pactarlas, salvo disposición en contrario, en procura de la seguridad jurídica y la clara determinación de las obligaciones contractuales recíprocas.

“El pacto de intereses no pertenece a la naturaleza del contrato administrativo y, por ende, los mismos requieren de autorización expresa de la ley. Autorización que no existe en el régimen de contratación administrativa que nos rige (Negrillas fuera del Tribunal).

“La administración no puede pactar su propio incumplimiento (Negrillas del Tribunal).

“Esta es una tesis que sirve de fundamento a la conclusión negativa respecto de la viabilidad de las cláusulas en las cuales la administración reconociera el pago de intereses moratorios. Pero es tan rígida esta tesis como para excluir el *principio de equidad* que, regulador de la conducta de las partes, debiera servir de complemento al equilibrio financiero derivado del contrato mismo?

“No se trata, ciertamente de excluir la equidad o desconocer su necesaria vigencia. Sino de admitir que ella constituye un principio de interpretación del derecho que sólo es deducible, con alcance y efectos jurídicos, por vía judicial.

“Si la administración incumple el contrato, total o parcialmente (y una de las formas de incumplirlo es retardando el pago oportuno de las cuotas pactadas, evento que genera dificultades financieras para el contratista

particular e inclusive puede conducirlo a un estado de quiebra), **las autoridades competentes de la Rama Jurisdiccional están en la obligación de establecer con fuerza de cosa juzgada las indemnizaciones o compensaciones a que tiene derecho la parte perjudicada, una vez ésta haya ejercido las acciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo, una de las cuales es la especial de contratos (Título XXVI, Capítulo II, del Decreto - ley 01 de 1984).**

(...)

Por lo demás, los contratos a que se refiere el Estatuto Contractual están sujetos al registro presupuestal (art. 46 del Decreto - ley 222 de 1983), de manera que en el respectivo presupuesto de apropiaciones del año fiscal correspondiente deberán existir partidas a las cuales se pueda imputar el gasto que se proyecte realizar dentro de esa vigencia, precepto que es desarrollo del artículo 210 de la Constitución, según el cual en la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior.

El estricto cumplimiento de las disposiciones indicadas, se vería alterado si la administración pactara el reconocimiento en favor del contratista particular de eventuales intereses moratorios, pues la ley no autoriza la constitución de reservas presupuestales para este caso especial”.

De acuerdo con lo anterior, en los contratos de derecho administrativo como tal, le estaba vedado a las partes pactar intereses moratorios, de manera que si el contratista pretendía obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento de la entidad, no le quedaba más remedio que acudir ante el juez de lo contencioso administrativo para restablecer el equilibrio financiero del contrato que se había roto con el comportamiento moroso de la administración.

ii) En cambio, si se trataba de un contrato regido por el derecho privado, al tener aplicación las normas propias del derecho civil y comercial era válido pactar intereses de mora. En palabras de la Sala de Consulta y Servicio Civil:

“Respecto de los contratos de derecho privado de la administración, estos son de derecho civil, laboral o comercial, según su naturaleza, y en ellos el

Estado obra, más que como entidad pública, como persona jurídica, pues algunas de sus prerrogativas desaparecen.

“Por lo tanto:

“Si el contrato es de derecho civil, resultan aplicables las normas respectivas del Código Civil y las relacionadas con el Efecto de las Obligaciones, de que trata el Libro 4º, Título XII. De conformidad con tales disposiciones, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, no pudiendo ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales (art. 1602); en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por una de las partes lo pactado (arts. 1546 y 1609); en caso de incumplimiento, está al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena (art. 1600) y si la pena consiste en intereses, estos estarán sujetos a las reglas del artículo 1617 que distingue entre los convencionales, los legales y los moratorios (Negrillas del Tribunal).

“Si el contrato es mercantil (Código de Comercio, arts. 864 y ss.), la entidad Pública contratante podrá pactar para el caso de retardo en el pago y según sus modalidades, el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria (ibídem, art. 884)”³⁸.

Por fortuna, esta tesis, que le seguía otorgando privilegios a la administración, en tanto la exoneraba de resarcir los perjuicios ocasionados al contratista con su incumplimiento en algunos contratos, fue abandonada por completo a partir de 1988, cuando la Sección Tercera del Consejo de Estado, en oposición a la Sala de Consulta y Servicio Civil, concluyó que en los contratos celebrados por la administración, nada se oponía a que se pactaran intereses moratorios, independientemente del tipo de contrato del que se tratara, bien fuera propiamente administrativo o que se rigiera por las normas del derecho privado, “la administración contratista no puede reclamar un privilegio exorbitante que no le ha dado la ley”³⁹:

“En materia de competencia es bien sabido que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente autorizado.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 10 de agosto de 1987, C.P. Javier Henao Hidrón, Exp. 115.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1988, C.P. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 4303.

Postulado que se deriva del principio de la legalidad que gobierna la actividad administrativa. Pero las normas de competencia, pese a ser de derecho estricto, deben manejarse con un criterio racional y en función de la naturaleza de la actividad que regulan. Por eso en el campo contractual las cosas difieren de lo que sucede ordinariamente en la esfera propiamente administrativa, cuya manifestación normal es el acto general o particular, expedido con base en normas superiores que delimitan en todos los casos su alcance y contenido.

“Si bien es cierto que en aquel campo contractual la competencia de la entidad pública contratante está ligada por ciertas normas superiores de obligado acatamiento, que regulan, unas el proceso de contratación, sus requisitos y formalidades (arts. 25 y ss. del Decreto 222 de 1983) y otras que deben figurar como cláusulas forzosas o de obligatoria consagración dentro de cada contrato (art. 60 del citado Decreto 222), no es menos cierto que por permisión del mismo estatuto contractual, en todo contrato se podrán estipular además, salvo disposición en contrario, las cláusulas propias o usuales conforme a su naturaleza.

“Significa lo anterior que mientras el aspecto obligatorio del contrato no es más que corolario de la regla de competencia (la Administración no podrá hacer sino lo expresamente autorizado), el aspecto que podría calificarse como convencional, se gobierna por la regla de la capacidad, en la que se puede hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido.

“Cabe recordar que en la contratación pública son sólo obligatorias las cláusulas relativas a caducidad administrativa, sujeción de la cuantía y pagos a las apropiaciones presupuestales; garantías, multas, pena pecuniaria y renuncia a reclamaciones diplomáticas cuando a ello hubiere lugar. Así mismo tendrían este carácter obligatorio en los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales (arts. 18 y ss. del Decreto 222).

“De lo anterior se infiere que en los contratos de la Administración existen unas cláusulas obligatorias impuestas por la ley, no susceptibles de ser modificadas o negociadas por las partes contratantes; y otras, que podrán ser pactadas o convenidas por ser propias o usuales según la naturaleza de cada contrato. En estas últimas existe cierta libertad, pero sus condiciones y alcances deberán fijarse en el pliego de condiciones o propuestas que hace la Administración cuando invita a alguien a contratar.

“Así que nada se opone a que en un contrato administrativo, vb. gr. el de obra pública, celebrado ordinariamente con una sociedad comercial, se pacten intereses de mora (no superiores a los permitidos en la ley, se entiende) ante el incumplimiento de la administración o cláusulas de reajuste por el no pago oportuno de las actas parciales de obra. Esos intereses, que son usuales y de la naturaleza de los contratos que celebran los comerciantes, no son más que el efecto de las obligaciones contraídas; y en este campo la administración contratista no puede reclamar un privilegio exorbitante que no le ha dado la ley (Negrillas del Tribunal).

“Así, si no cumple oportunamente se presume que causó perjuicios al contratista y deberá indemnizarlo. Y si esto es lo que manda la ley, qué impide que se pacte expresamente dentro del contrato el monto de los intereses de mora, máxime cuando el convenio puede ser más favorable para la administración? (Negrillas del Tribunal)”

Además, la Sección Tercera tuvo en cuenta los siguientes aspectos para llegar a esa conclusión:

- “1. Que las normas que regulan, entre otros aspectos, los efectos de los contratos civiles se aplican a los negocios mercantiles, a menos que la ley disponga otra cosa (art. 822 del C. Co.)
2. Que nadie podrá enriquecerse sin causa a expensas de otro (831 ibídem).
3. Que en los contratos sujetos al derecho comercial la gratuidad no se presume.
4. Que en los contratos bilaterales, tanto de índole civil como comercial, va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (arts. 1546 del C. C. y 870 del C. de Co.) con la obligación de indemnizar al cumplido o al que se allanó a cumplir.
5. Que la indemnización de perjuicios, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, se debe por no haberse cumplido la obligación, o haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento (art. 1613 del C. C.).

6. Que los contratos, que deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, obligarán no sólo a lo pactado, sino a todo lo que corresponde a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural (art. 871 del C. de Co.).

7. Que en los contratos mercantiles, en los cuales se presume el ánimo de lucro, cuando hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique la tasa de estos, el interés será el bancario corriente, y si las partes no han estipulado el moratoria, éste será el doble (art. 884 del C. de Co.).

8. Que en la compraventa sujeta al derecho comercial el vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado (art. 924 del C. de Co.); y el comprador deberá pagar el precio en el término convenido o, en su defecto, al momento de recibir la cosa (art. 947 *ibídem*)”⁴⁰.

La decisión que se acaba de citar guarda coherencia con los principios de buena fe y conmutatividad que rigen los contratos bilaterales y zanjó la discusión que existía en torno a la procedencia de pactar intereses de mora en los contratos celebrados por la administración, posición que fue reiterada en pronunciamientos posteriores, al punto que finalmente fue cristalizada en la ley 80 de 1993 —Estatuto de Contratación Pública vigente— que en su artículo 4, numeral 8º, consagró expresamente el deber de reconocer intereses de mora, con el fin de preservar la ecuación financiera del contrato:

“Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales (...)

8º Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 1988, Exp. 4303.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”.

Esta previsión normativa, no solo iba en la línea jurisprudencial que se fue tejiendo a partir de la decisión proferida por la Sección Tercera en 1988, sino también de la necesidad de ajustar las relaciones contractuales de la administración a los principios constitucionales de buena fe consagrados en el artículo 83 de la Carta y de responsabilidad, contemplado en el artículo 90 de la misma, que establece en cabeza de la administración el deber de resarcir los daños antijurídicos irrogados con su actuación, tanto en el ámbito contractual, como extracontractual. Al respecto señaló la Corte Constitucional:

“Los temas de mayor importancia y trascendencia en el ámbito de la contratación estatal, como lo son el proceso de licitación pública, las potestades contractuales y la misma equivalencia económica, no estarían en capacidad de configurarse si se desconocen los principios jurídicos que informan los contratos estatales. En este sentido, los principios de la reciprocidad de las prestaciones o de la justicia conmutativa y de la buena fe o mutua confianza, constituyen ingredientes normativos de imputación que, lícitamente, contribuyen a trasladar a la Administración Pública aquellos riesgos que en forma anormal o extraordinaria suelen presentarse en el desarrollo del contrato estatal. Bajo esta nueva percepción del contrato, se supera en el derecho moderno aquél criterio civilista regido por los postulados de la autonomía de la voluntad y la inmutabilidad -que promovían la omnipotencia contractual de la administración-, incorporándose para su formación y ejecución los referidos postulados de la reciprocidad y la buena fe, con lo que se persigue garantizar los ideales de justicia conmutativa y mutua confianza, respectivamente incorporados en nuestra Constitución Política como un fin esencial (art. 2º) y como un valor fundante (art.83) del Estado Social de Derecho.

(...)

“Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el

objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos.

(...)

“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 mora (Negrillas del Tribunal).

(...)

“Es sabido que la obligación más corriente de la Administración Pública en los contratos que suscribe para cumplir sus fines próximos, es la de pagar una específica suma de dinero, sea a título de precio como ocurre en los contratos de obra pública o suministro, o a título de subvención tal como sucede en las concesiones de servicios públicos. **Pues bien, la inobservancia, el incumplimiento o el retraso de esta obligación, otorga un derecho irrenunciable a favor del contratista que se presenta en la forma de mora, con la que se persigue que la administración satisfaga o restablezca la prestación que ha sido afectada (Negrillas del Tribunal).**

(...)

“Bajo el actual esquema, a partir de la consagración constitucional del principio de responsabilidad patrimonial del Estado (C.P: art. 90), la obligación de pagar intereses de mora encontró un evidente respaldo jurídico. Sobre el punto, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento, tuvo oportunidad de señalar que la obligación de la

Administración de pagar intereses de mora desarrolla el principio constitucional de la igualdad, materializado en el derecho de los particulares a recibir un mismo tratamiento jurídico frente al incumplimiento de la administración en el pago de sus obligaciones” (Negrillas del Tribunal)⁴¹.

Es que si la administración recibe un beneficio como consecuencia de la celebración del contrato y su ejecución –que no es otro que la satisfacción de los servicios y necesidades públicas-, lo lógico es que también esté obligada a resarcir los perjuicios que le ocasione al contratista con su comportamiento moroso, toda vez que el mismo afecta su situación financiera, pues como bien lo ha señalado la Sección Tercera, “[el] espíritu de la ley 80/93 conduce a tener a los contratistas como colaboradores de la Administración y a exigir un tratamiento recíproco e igualitario y acorde con la función y fines del Estado y de los contratistas”⁴², lo contrario sería aceptar que la entidad pública puede obtener algún provecho de su retardo, cuando lo cierto es que en toda relación contractual, independientemente de si es pública o privada, el acreedor tiene derecho a la indemnización correspondiente por no recibir el dinero que se le adeuda en el plazo pactado. Este derecho surge aun cuando no se hayan pactado intereses moratorios en el contrato o en los pliegos de condiciones, toda vez que es la misma ley la que establece el deber en cabeza de la administración, de resarcir los perjuicios derivados de su conducta, en palabras del Consejo de Estado, “cuando la administración incurre en incumplimiento del oportuno pago de sus

⁴¹ En efecto, en sentencia C-188 de 1999, la Corte Constitucional destacó la importancia de que la administración reconozca intereses de mora a los particulares cuando incurra en retardo en el pago de un crédito, obligación que también es consecuencia ineludible de la aplicación del principio de igualdad:

“El Estado, en sus relaciones con los particulares, no puede asumir legítimamente las conductas que censura y castiga si provienen de ellos. Si les exige puntualidad en el pago de sus obligaciones tributarias, y si tan duramente castiga el hecho de que no las cancelen a tiempo, elementales principios de justicia y equidad hacen imperativo que, correlativamente, su propio comportamiento en idénticas situaciones se ajuste a las exigencias que formula a los particulares. Pero, además, la mora en el pago de las obligaciones a cargo del fisco delata, en los servidores públicos responsables, un deplorable descuido que no encaja dentro de los criterios constitucionales que deben inspirar la actividad administrativa” (Corte Constitucional, sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 26 de abril de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12.721. De igual forma, en sentencia de 17 de mayo de 2001, la Sección Tercera manifestó:

“No admite discusión que la obligación principal de la administración para con el contratista es la de pagarle oportunamente el valor de las obras ejecutadas o de los servicios prestados. De ahí que si la administración incumple con esta obligación deba reconocer los perjuicios moratorios que causó con su incumplimiento, los cuales se presumen y en cuanto se refieren a deber una suma líquida de dinero se traducen en el pago de intereses moratorios” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de mayo de 2005, C.P. Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13.635).

obligaciones, genera un perjuicio al particular, independientemente de que en el contrato se haya o no pactado el correspondiente resarcimiento”⁴³.

Ahora bien, aunque bajo la vigencia del decreto ley 222 de 1983 no había certeza sobre la tasa de interés que debía aplicarse, comoquiera que ese cuerpo normativo nada señaló sobre el tema, hoy bajo la ley 80 de 1993 ese escollo ha sido superado, toda vez que según el numeral 8º del artículo 4º de la misma, la tasa de interés moratorio será, como ya se ha anotado, “la equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”, que se calculará según lo previsto en el artículo 1º del decreto 679 de 1994, que señala:

“Artículo 1º.- De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos”.

Conviene precisar que la tasa establecida en la ley 80 se aplica únicamente a falta de estipulación contractual, es decir, que opera de manera subsidiaria, en tanto las partes son libres de fijar la que más se ajuste a las particularidades del negocio celebrado, bien sea la fijada en la normatividad civil, equivalente al 6 % anual de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil, o en la comercial, que según las voces del artículo 884 del Código de Comercio equivale a una y media veces del bancario corriente; incluso pueden fijar una tasa diferente, siempre y cuando no sobrepase los topes establecidos en las normas penales y comerciales. Así se desprende del inciso segundo del numeral 8º del artículo 4º, cuando señala, “en caso de no haberse pactado intereses moratorios...”.

Como corolario de lo anterior y de cara al caso materia de este laudo, de encontrarse demostrado el incumplimiento del Municipio respecto del pago de las facturas presentadas por el Consorcio Infraestructura Cali 2010, este tendría derecho a reclamar los intereses causados por el retardo en el pago de la remuneración contenida en dichas facturas. Sin embargo, antes de determinar la existencia de dicha obligación y por ende, cuál es el monto de los intereses adeudados por el Municipio de Cali, es menester abordar dos temas que revisten

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de febrero de 2002, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Exp. 13.238.

especial relevancia para tal efecto: i) la del pago de la remuneración y ii) la causación de intereses sobre intereses o anatocismo.

2. ESTUDIO Y DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LAS REMUNERACIONES.

De modo general se encuentra que los incumplimientos que la convocante le enrostra a la convocada se contraen al hecho de no haber pagado en forma completa y oportuna la remuneración correspondiente a las obras ejecutadas por la convocante, de conformidad con los términos del Contrato así como de los demás instrumentos contractuales, tales como el Acta de Acuerdo de 22 de septiembre de 2011, el Otrosí No. 2 al Contrato, el Otrosí al Contrato de Adición No. 3 del Contrato, el Otrosí No. 6 al Contrato y las Actas Mensuales de Verificación de redes (Pretensión primera de la reforma de la demanda). Conforme a las pretensiones de la demanda, a los hechos en los que se fundan aquellas y a los alegatos de la convocante, el incumplimiento del Municipio en los pagos se refieren a: i) la remuneración correspondiente a las obras para redes; ii) la remuneración principal en la etapa de construcción y iii) la remuneración principal en la etapa de conservación.

Por consiguiente, se procederá a hacer un examen de los diferentes incumplimientos del Municipio cuya declaración pretende la convocante, teniendo en consideración los tres grupos señalados en el párrafo anterior. En seguida se analizarán los argumentos de la convocada en relación con aquellos incumplimientos. Posteriormente, a partir de las pruebas allegadas al proceso se deducirán las conclusiones pertinentes en relación con las correspondientes súplicas.

2.1.1. Posición de la convocante.

Pretensiones relacionadas con el incumplimiento en el pago de las obras para redes.

El primer grupo de pretensiones de la demanda se refiere al incumplimiento del Municipio consistente en no pagar en forma oportuna y completa la remuneración correspondiente a la obra ejecutada por concepto de redes. En particular, sostiene la convocante que el Municipio pagó en forma tardía las facturas correspondientes

a las siguientes Actas Mensuales de Verificación de Redes: números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 9A, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24. Entre ellas, las actas 17 a 24 fueron pagadas en forma parcial. Así mismo, se pagaron en forma tardía el acta de ajustes de las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011 (pretensión segunda principal).

La convocante solicita que se declare el incumplimiento del Municipio al no haber pagado las facturas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (pretensión tercera principal).

Como consecuencia de las pretensiones que anteceden, la convocante solicita que se condene al Municipio a pagar los saldos de capital y los intereses remuneratorios y moratorios causados por concepto de no haberse pagado en forma oportuna las obras señaladas (pretensión quinta principal). En relación con las facturas que no fueron pagadas en forma completa, la convocante solicita que se condene a la convocada al pago del valor total de aquellas, junto con los intereses correspondientes (pretensión sexta principal).

Pretensiones relacionadas con el incumplimiento en el pago de la remuneración principal en la etapa de construcción.

La convocante solicita que se declare que el Municipio incumplió el Contrato al haber pagado en forma tardía la remuneración principal correspondiente al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la Etapa de Construcción (pretensión octava principal). Como consecuencia de dicha declaración, solicita que se condene al Municipio a pagar los saldos de capital y los intereses moratorios causados correspondientes al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la Etapa de Construcción, a la máxima tasa de mora estipulada en el Contrato (pretensión décima principal).

Pretensiones relacionadas con el incumplimiento en el pago de la remuneración principal en la etapa de conservación.

Bajo el tercer grupo de pretensiones, la convocante solicita que se declare que el Municipio incumplió el contrato al haber pagado en forma tardía la remuneración principal correspondiente a los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Etapa de Conservación (pretensión décima segunda principal). Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene al Municipio al pago de los saldos de capital junto con los intereses moratorios causados correspondientes a

los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Etapa de Conservación (pretensión décima cuarta principal).

2.1.2. La posición de la convocada.

Al contestar la reforma de la demanda, la convocada se opuso a todas las pretensiones y sostuvo que existen “errores crasos” en la liquidación de las obligaciones hecha en la demanda. Como sustento de dicha oposición aportó la experticia elaborada por la firma Cabrera y Bedoya S.A. Banqueros de Inversión.

En relación con los hechos atinentes al incumplimiento en los pagos de las obras para redes, la convocada sostiene que nunca incurrió en mora sino que la “metodología utilizada por el demandante para el cálculo de los supuestos intereses que reclama es equivocada y no se ajusta a las estipulaciones contractuales” (contestación al hecho 26). Agregó que, conforme lo acredita la experticia que aportó, el Municipio ha actuado con apego a lo estipulado en el Contrato.

De igual manera la convocada argumenta que el Municipio “estableció acuerdos que modificaron la fecha de pago de las obligaciones por virtud de la expedición de nuevas facturas”, lo cual se hizo “con la plena aquiescencia tácita del Concesionario” (contestación al hecho 29).

Por otra parte, la convocada aduce que para el pago de la remuneración del contratista se requería la expedición de la conformidad técnica por parte de la Interventoría y que el cobro debía hacerse “solo mediante facturas que por disposición tributaria se constituyen en elemento obligatorio para el efecto, por razón de las cuales se imponía en primer lugar su aceptación expresa por el deudor como lo manda la Ley 1231 de 2008, aspecto que no solo configura el título valor desde el punto de vista cambiario sino que también es requerido para entender que contiene obligaciones representativas de sumas de dinero que pusieran en evidencia que el Municipio es deudor”. De lo anterior concluye que al no haber sido aceptadas expresamente las facturas emitidas por la convocante, “carecen de mérito para obligar al Municipio deduciendo su condición de deudor de la que habla la parte demandante” (contestación al hecho 30). Sostiene entonces la convocada que el solo contrato de concesión no es título suficiente para cobrar los derechos económicos que el contratista pretende, sino que hace falta que este expidiera las facturas correspondientes, “como único instrumento idóneo para que le resultara posible el cobro extraprocesal y aun judicial y/o arbitral” (*ibídem*).

Con respecto a las obras para redes, el Municipio sostiene que pagó la totalidad de las mismas al imputar dichos pagos al valor del capital, conforme lo autorizan los artículos 1653 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, “sin que el Concesionario hiciera manifestación alguna en contrario, silencio que hace las veces de aceptación implícita” (contestación al hecho 32). A partir de lo anterior concluye que conforme a dicho entendimiento, al efectuar el Municipio los desembolsos respectivos, “se extinguió la obligación principal por cumplimiento y, por ende, la accesoria por concepto de intereses”.

En relación con el pago de la remuneración principal en la etapa de conservación, el Municipio reitera que el cronograma de pagos fue modificado por voluntad de las partes y que la convocada pagó antes de que se hicieran exigibles las obligaciones reclamadas por la convocante.

La convocada aduce en su defensa que al estar vinculadas las partes por un contrato de concesión, no se puede pretender el pago de las obras y actividades realizadas por el contratista antes del cumplimiento de cada actividad, de modo que en ningún caso la remuneración puede ser anterior a la ejecución del hito correspondiente.

Por último, la convocada estima que la presente litis “gira en torno al supuesto incumplimiento del Contrato de Concesión por la hipotética falta de facturas”, razón por la cual es necesario detenerse en el análisis de dichas facturas para determinar si las mismas corresponden a la realidad y si cumplen con las formalidades para su estimación probatoria. En este caso, agrega, “las facturas no contienen firmas de aceptación de las obligaciones ni la manifestación de compromiso al pago por parte de mi representado”, ni tampoco obra constancia de que la convocada haya expedido “orden de emisión” de las mismas, razones por las cuales se trata de documentos que no provienen del Municipio y no constituyen prueba alguna en su contra.

En el curso del proceso, la convocada propuso las defensas que se acaban de sintetizar y que serán examinadas y resueltas en esta providencia. Empero, como ya se ha puntualizado, no existe en la contestación de la reforma de la demanda, ni en las alegaciones de la convocada invocación concreta de un medio exceptivo específico que deba ser objeto de pronunciamiento y decisión en este laudo. La metodología por la que optó la convocada consiste en la invocación de argumentos en su defensa, sin que se haya concretado en la proposición de algún medio exceptivo concreto, por lo cual el tribunal examinará y resolverá acerca del mérito de tales defensas, naturalmente sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo

282 del Código General del Proceso en lo que se refiere al reconocimiento oficioso de excepciones, si hay lugar a ello.

2.1.3. El problema jurídico sometido a consideración del tribunal.

De acuerdo con los planteamientos y argumentaciones de las partes que se acaban de sintetizar, el problema jurídico que debe analizar y resolverse en este punto consiste en determinar si el Municipio pagó en forma oportuna y completa las prestaciones, trabajos y obras a las que se refiere la demanda de la convocante. En otras palabras, debe definirse, en primera medida, si los pagos que debía hacer el Municipio se hicieron en los términos y condiciones estipulados en el contrato y en los demás instrumentos contractuales para, posteriormente, con arreglo a tales disposiciones concluir si hay lugar al pago de los intereses que reclama la convocante en su demanda. Dicha tarea implica examinar los términos estipulados por las partes, así como su conducta contractual para resolver el planteamiento de la convocada según el cual hubo una modificación del cronograma de pagos por “aquiescencia tácita” del contratista. Definidos estos puntos de modo general y conforme a las regulaciones contractuales, se analizarán de manera singular cada uno de los cobros hechos por la convocante para resolver acerca de su procedencia y cuantificación.

Para resolver el problema jurídico sintetizado, deberán absolverse los siguientes puntos respecto de los cuales subsiste controversia entre las partes:

- i) Si como lo afirma la parte convocada, se estableció un plazo de gracia de treinta (30) días calendario para el pago de las remuneraciones de las etapas de construcción y conservación y de las “Obras para Redes”.
- ii) Si el pago al que tenía derecho el contratista por los hitos y obras ejecutadas se entendía realizado cuando el Municipio trasladaba los recursos a la subcuenta de pagos, -tesis que defiende la convocada- ; o si, como lo afirma la convocante, el pago se entendía realizado cuando se trasladaban los recursos de la “Subcuenta de Pagos” a la “Subcuenta de Remuneración Principal”.
- iii) Si el plazo para que el Municipio cancelara al Consorcio los recursos con los que había financiado las obras para redes adicionadas mediante el Otrosí No. 2, so pena de incurrir en mora y verse obligado a pagar intereses moratorios, era de 17 meses –como lo afirma la Convocante- o de 18 meses –como lo aduce la Convocada-, contados a partir de los 30 días calendario siguientes a la presentación de la respectiva Acta de Verificación.

iv) Si, como lo señala la convocada, el Consorcio también se comprometió a financiar la adición de las “obras para redes”, pactadas en el Otrosí No. 6, aspecto que es relevante para determinar si el plazo para pagar la remuneración por esta adición comenzaba a correr a los treinta (30) días calendario siguientes a la presentación del Acta de Verificación correspondiente, o en el plazo que las partes habían acordado en el Otrosí No. 2.

2.2. LA REMUNERACIÓN DEL CONSORCIO ESTIPULADA EN EL CONTRATO.

De conformidad con la cláusula 11 del Contrato, el valor efectivo del mismo resulta de aplicar la forma de remuneración prevista en las cláusulas 13, 14 y 15 del negocio jurídico. Dicho valor efectivo “remunera todos los costos y gastos —directos e indirectos— de los materiales y de los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del **Contrato**”, así como todas las obligaciones derivadas del mismo, los costos de financiación, el retorno del capital y las utilidades del Contratista, los impuestos, tasas y contribuciones que resulten aplicables, al igual que, finalmente, los riesgos del Concesionario que se determinan en el Contrato. El valor efectivo remunera también “todas las labores complementarias necesarias para el cumplimiento total del objeto contractual”, entre las cuales se relacionan, por ejemplo, los estudios y diseños, las obligaciones y actividades durante las Etapas de Preconstrucción, Construcción y de Conservación, los gastos financieros y administrativos, así como todos los demás que se requieran para la cabal ejecución del objeto contratado.

El valor efectivo del Contrato también remunera la asunción por parte del Contratista de los riesgos de construcción, geotécnicos, geológicos, ambientales, de operación, administrativos, financieros y “todos los demás que se desprendan directa o indirectamente de las obligaciones del **Concesionario** o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este **Contrato**”.

En armonía con lo anterior, la cláusula 13 dispone que mediante la aplicación estricta⁴⁴ de las cláusulas 13, 14 y 15 se remuneran completamente las obligaciones del Concesionario y por tanto, no hay lugar a reconocimiento o reclamaciones adicionales, en tanto dicha forma de retribución comprende todas las actividades y riesgos del Concesionario.

⁴⁴ Según el Diccionario de la Lengua Española, estricto significa “Estrecho, ajustado enteramente a la necesidad o a la ley y que no admite interpretación”.

La remuneración principal incluye así mismo todos los costos directos e indirectos en los que incurra el Concesionario durante la Etapa de Preconstrucción, Construcción y Conservación. La forma de ejecutar el pago se estipuló mediante la consignación por parte del Municipio de los fondos en el Fideicomiso que constituya el Concesionario, en la Subcuenta de Pagos. Tales fondos serían transferidos a la Subcuenta Principal, Subcuenta de Manejo de Redes y Subcuenta de Excedentes del Municipio. Los recursos correspondientes a la remuneración principal debían ser entregados al Contratista a medida que se cumplieran las etapas de obras y actividades a su cargo, de la siguiente manera.

Remuneración en la etapa de preconstrucción: la etapa de preconstrucción tiene una duración de cuatro meses, a partir del Acta de Inicio de la Etapa de Preconstrucción, durante la cual el Municipio debía pagar una suma mensual el último día hábil de cada mes, conforme al cronograma de traslados previsto en el numeral 13.1.5.1. del Contrato.

Remuneración en la etapa de construcción: culminada la etapa de preconstrucción, se daba inicio a la etapa de construcción que tenía una duración de 18 meses. El primer pago correspondía a la suma de \$ 27 049 305 000 y debía efectuarse el último día del mes en el que se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Una vez hecho ese primer pago, el Municipio debería realizar al Concesionario, “por el cumplimiento de las obligaciones” en dicha etapa, pagos trimestrales a partir de la fecha en la que se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Estos pagos estaban sujetos al cumplimiento por parte del Concesionario de los hitos programados en los plazos y formas convenidos en el Contrato, de modo que en el evento en que el Concesionario no cumpliera con los hitos, el Municipio tenía derecho a retener los referidos pagos.

Remuneración en la etapa de conservación: durante la etapa de conservación, que tiene una duración de 24 meses, el Municipio debía realizar pagos trimestrales, conforme al cronograma estipulado en la cláusula 13.1.5.3.

Como quedó precisado líneas atrás, el pago se convino hacer mediante la consignación por parte del Municipio de los fondos en la Subcuenta de Pagos del Fideicomiso. Tales fondos serían transferidos a la Subcuenta Principal, Subcuenta de Manejo de Redes y Subcuenta de Excedentes del Municipio, aspecto que será analizado con mayor detenimiento en esta providencia. En la cláusula 13.1.6. se estipuló la forma y la oportunidad en la que debían hacerse los traslados de fondos en cada etapa del contrato; para la de construcción se convino que de llegar a presentarse un retardo en los pagos de los hitos por causas imputables al

Municipio, este reconocería al Concesionario “un interés equivalente al DTF + 5 % desde el momento en que debió hacerse el traslado y el momento en que efectivamente se haga”. Para la etapa de conservación se estipuló la misma disposición y la misma tasa de interés, en caso de “retardos en los traslados de los pagos” al Concesionario.

Para cada una de las etapas se establecieron los siguientes plazos:

- **Etapas de Preconstrucción (cláusula 13.1.1).**

El Municipio se obligó a pagar en forma mensual las sumas de dinero fijadas en la cláusula 13.5.1. el último día hábil de cada mes, es decir, que, en razón a que esta etapa tenía una duración de cuatro (4) meses, el Municipio debía realizar 4 pagos, de conformidad con el siguiente cronograma establecido en el contrato:

Mes desde el inicio de ejecución del contrato.	Remuneración Principal
1	1.755'323.000
2	8.070'593.000
3	1.758'260.000
4	1.759'735.000

- **Etapas de construcción (cláusulas 13.1.2. y 13.1.5.2).**

Durante esta etapa, el Municipio debía realizarle 6 pagos al contratista: el primero, por la suma de veintisiete mil cuarenta y nueve millones trescientos cinco mil pesos (\$ 27.049.305.000), que debía hacerse el último día hábil del mes en que se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Los 5 pagos restantes debían efectuarse de manera trimestral y comenzarían a contarse desde la fecha en que se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción, de acuerdo con el siguiente cronograma:

Trimestre (Desde la fecha de inicio de la etapa de construcción)	Número de meses contados desde la fecha de iniciación del contrato	Remuneración Principal
1	8	18.486'887.000
2	11	10.672'324.000
4	14	8.823'635.000
4	17	13.265'755.000
5	20	13.265'755.000

De igual forma, conforme al inciso 7º de la cláusula 13.1.6.2., el Municipio debía ordenarle a la entidad fiduciaria, que trasladara los recursos de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal, por lo menos con cinco (5) días de anticipación a

la fecha en que deba hacerse el traslado. Una vez el Municipio emitiera la orden, la administradora del Fideicomiso, debía realizar el traslado el Día Hábil siguiente a las fechas señaladas en el numeral de esta misma CLÁUSULA o a las que se derivaran de la aplicación del inciso segundo del numeral 13.1.6.2, según correspondiera.

- **Etapas de conservación (cláusulas 13.1.1. y 13.1.5.3).** Durante esta etapa el Municipio debía realizarle al Consorcio 8 pagos trimestrales, que empezarían a contarse a partir de la suscripción del Acta de Iniciación de la etapa de Conservación, conforme al siguiente cronograma:

Trimestre (desde fecha de inicio de la etapa de Conservación)	Número de meses contados desde la fecha de iniciación del contrato	Remuneración Principal
1	23	11.640'094.000
2	26	11.640'094.000
3	29	11.640'094.000
4	32	11.640'094.000
5	35	5.919'327.000
6	38	5.919'327.000
7	41	5.919'327.000
8	44	5.919'327.000

A su vez, según el inciso 4º de la cláusula 13.1.6.3., el Municipio debía ordenarle a la entidad fiduciaria, que trasladara los recursos de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal, por lo menos con cinco (5) días de anticipación a la fecha en que debía hacerse el traslado. Una vez el Municipio emitiera la orden, la administradora del Fideicomiso, debía realizar el traslado el día hábil siguiente a las fechas señaladas en el numeral de esta misma CLÁUSULA o a las que se derivaran de la aplicación del inciso segundo del numeral 13.1.6.2, según correspondiera.

Como puede apreciarse, para cada una de las etapas del contrato se previó con claridad un cronograma en el que se establecieron con precisión los plazos en los que el Municipio debía pagar las remuneraciones al contratista por cada hito ejecutado. Este aspecto es de suma importancia, puesto que según el Municipio para el pago de todas las remuneraciones, este contaba con un plazo de gracia al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo de la cláusula 38 del Contrato que indicaba:

“Salvo estipulación en contrario contenida en otras cláusulas o documentos de este Contrato, el plazo de remuneración establecido para cualquier obligación dineraria que se genere entre las partes, como resultado de lo establecido en este Contrato, será de treinta (30)

Días Calendario. Vencido este plazo, se causarán los intereses de mora establecidos en esta cláusula”.

No obstante, como se verá más adelante, este plazo de gracia no operaba en todas las Etapas ni para todas las remuneraciones, sino únicamente en aquellos eventos en los que no se hubiera determinado un término preciso para hacer el pago respectivo, supuesto en el que no se encuentran la Etapa de Construcción, ni la de Conservación, toda vez que como ya se acaba de señalar, para el pago de las remuneraciones correspondientes a estas se pactó un lapso preciso y concreto.

2.3. PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LAS OBRAS PARA REDES.

Dicha remuneración corresponde a las obras de construcción, se pactó por precios unitarios y debía hacerse en forma mensual. El valor de dichas obras se haría mediante la verificación de las cantidades de obra por parte del Interventor, que debían consignarse en las Actas Mensuales de Verificación para efectos de aplicar la fórmula estipulada en la Cláusula 14.1.

En relación con este punto, resulta pertinente la estipulación final contenida en la cláusula 14.1.2. según la cual, de llegar a existir un faltante en la Subcuenta de Redes y no existieren recursos suficientes en la Subcuenta de Excedentes del Municipio para que el Concesionario cumpla con las obligaciones previstas en el Apéndice C, el Concesionario suple este faltante con un crédito al Municipio por 18 meses a una tasa del DTF + 5 %, previa autorización escrita del Municipio. Este último se obliga a pagar el crédito con recursos de su presupuesto pero si al cabo de los 18 meses no se ha pagado íntegramente, el Concesionario “cobrará un interés de mora a la tasa máxima permitida por la Ley, hasta que se verifique en su totalidad la remuneración”.

La forma de remunerar las “Obras para redes” fue definida inicialmente en la cláusula 14 del contrato. Sin embargo, en razón a que para la fecha de su celebración el Municipio de Cali sólo disponía de la suma de catorce mil ochocientos siete millones sesenta y siete mil pesos (\$ 14.807.067.000) –cláusula 14.1.2., inciso 3º-, posteriormente fue necesario adicionar dichas obras, mediante la suscripción de tres otrosíes, en los que se estableció la respectiva forma de remuneración. Para mayor claridad, se indicará, de acuerdo con la cláusula 14 del

contrato y los otros íes adicionales, cuáles fueron las formas de remuneración pactadas para cada caso:

Respecto de la remuneración de obras para redes que se reclaman en el primer grupo de pretensiones de la demanda, resultan pertinentes las siguientes precisiones relativas a los diferentes grupos de obras para redes y la regla contractual que las rige, en tanto se pactaron obras para redes en distintas etapas de la ejecución contractual y en diferentes instrumentos, que contienen disposiciones específicas.

- Para el caso de las “Obras para Redes” inicialmente contratadas, como ya se mencionó, la remuneración pactada fue la prevista en la cláusula 14, en los siguientes términos:

“Los valores causados por concepto de Remuneración por Obras para Redes serán pagados al Concesionario previo cumplimiento de las Especificaciones De Redes de Servicios Públicos (Apéndice C) mediante el sistema de precios unitarios, los cuales se encuentran descritos en el Apéndice H, mediante el traslado de los recursos correspondientes de la Subcuenta de Redes a la Subcuenta Principal.

“En todo caso el Concesionario es responsable por el traslado, modificación, reparación, reposición y extensión de Redes de Servicios Públicos Domiciliarios en el Municipio hasta por los montos establecidos en el presente numeral” (Cláusula 14.1.2.).

Como quedó expuesto líneas atrás, las partes estipularon en el Contrato realizar obras para redes, que se rigen por las cláusulas contenidas en dicho negocio jurídico original. La remuneración en esa oportunidad se convino pagar mediante la verificación de las cantidades de obra por parte del Interventor, que debían consignarse en las Actas Mensuales de Verificación⁴⁵ para efectos de aplicar la fórmula estipulada en la Cláusula 14.1. La cláusula 14 del Contrato —que regula la remuneración por obras para redes— no contempla un plazo específico para el

⁴⁵ De conformidad con la cláusula 1.5 del Contrato, las Actas Mensuales de Verificación eran las actas que se suscribían “entre el Interventor, el funcionario que el Municipio designe para tal fin y el Concesionario, como mecanismo de control de la ejecución de las Obras de Construcción, las Obras para Redes, Labores de Gestión Predial, Compra de Predios y Obras para Demoliciones, las Labores Ambientales y de Gestión Social y los Componentes de Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos, por parte del Concesionario (...)”. Sobre tales instrumentos, el testigo Carlos Mauricio Arango Domínguez relató que “Las actas de verificación eran unas actas que se presentaban, si no estoy mal, mensualmente, pero igual al tercer mes en el acta de verificación estaba el corte o revisión del hito de cada trimestre el cual se le dio al cronograma, esa acta de verificación el objetivo era verificar que se estaba cumpliendo con todas las obras” (Pág. 35 de la transcripción).

pago de tales obras. Dispone que la remuneración debía hacerse en forma mensual y contempla la posibilidad de que exista un faltante de recursos en la Subcuenta de Redes y no existieran fondos suficientes en la Subcuenta de Excedentes del Municipio, caso en el cual el Concesionario puede otorgar un crédito al Municipio, previa autorización escrita de este último. Como se verá más adelante, con ocasión del estado de las vías, las partes acordaron realizar obras de redes adicionales y, por consiguiente, acudieron a este último evento en la medida en que se agotaron los recursos de la Subcuenta de Redes y, por tanto, el Concesionario hubo de financiar obras adicionales.

Al no tener una regulación especial del plazo para el pago de este primer grupo de obras para redes a las que se refiere la cláusula 10 del Contrato, resultan aplicables las normas generales de la mora que disciplina la cláusula 38 *ibídem*. Expresado en otras palabras, el Municipio debía pagar las facturas correspondientes a dichas obras dentro de los 30 días calendario siguientes a la presentación de tales instrumentos. Vencidos estos 30 días comunes, se causan intereses de mora a una tasa del Interés Bancario Corriente más una tercera parte.

- De la remuneración de las “Obras para Redes” pactadas en el Acta de Acuerdo de 22 de septiembre de 2010 y en el Otrosí No. 2 al Contrato.

Como consecuencia de la deficiencia estructural de la vía, fue necesario revisar y ajustar los estudios y diseños de redes, por lo cual las partes acordaron “una mayor intervención que incluía un reemplazo total de las redes húmedas existentes de acuerdo a instrucción de EMCALI, que por supuesto al ser mayores cantidades desconocidas e imprevistas, no pudieron estar contempladas dentro de la propuesta del concesionario y por ende incrementarían el presupuesto contractual previsto en los numerales 10.1 y 14.1.2. del contrato para las obras para redes.” (Considerando 10 del Acta de Acuerdo de 22 de septiembre de 2011). Por consiguiente, con la debida aprobación de la interventoría, mediante Acta de Acuerdo de 22 de septiembre de 2011, las partes convinieron ejecutar mayores cantidades de obras de redes de servicios, no previstas originalmente, por valor de \$ 37 901 402 666.

El acuerdo al que se refiere el Acta de 22 de septiembre de 2011 relativa a la mayor cantidad de obras de redes —que contó con la participación de la interventoría, EMCALI y la Secretaría de Hacienda del Municipio— fue vertido en el Otrosí No. 2 al Contrato, celebrado el 20 de noviembre de 2011. En dicho

instrumento las partes recogieron el acuerdo celebrado en el Acta de 22 de septiembre de 2011 y lo armonizaron con las disposiciones generales del Contrato relativas a las obras de redes, en particular aquellas contenidas en la cláusula 14. En dicho Otrosí, se acordó lo siguiente, que se relaciona en lo pertinente.

- El Municipio se comprometió a fondear la subcuenta de redes del fideicomiso hasta en una suma de \$ 10 698 000 000, dentro de los 30 días calendario siguientes a la presentación del acta mensual de verificación de redes correspondientes al mes de agosto de 2011, incluido el saldo pendiente por pagar del acta de julio de 2011. De conformidad con la cláusula 38 del Contrato, si al día siguiente del plazo estipulado no se ha realizado el fondeo directo a la subcuenta de redes por la suma indicada, el Concesionario “procederá a financiar los dineros que se le adeuden a una tasa del DTF + 5%, hasta la fecha en que dichos dineros se fondeen en la subcuenta de redes según lo acordado.” (Considerando 22 del Otrosí). Para cumplir este compromiso, el Municipio contaba con la disponibilidad presupuestal correspondiente, por lo cual tales recursos serían girados en forma directa por la entidad al Fideicomiso (Cláusula cuarta del Otrosí).
- Se autorizó en forma expresa al Concesionario a financiar el saldo de \$ 27 203 402 666, conforme a lo estipulado en la cláusula 14.1.2, inciso 8 del Contrato.
- La financiación por parte del Concesionario se estipuló bajo la forma de un crédito a favor del Municipio, por un plazo de 18 meses a una tasa de interés del DTF + 5 % que se causaría a los 30 días de presentarse cada factura por concepto de obra de redes. De no llegar a satisfacerse el crédito dentro del plazo acordado, se causaría el interés de mora pactado en la cláusula 38 del Contrato, vale decir la tasa del interés bancario corriente más la tercera parte. En otras palabras, no se pactó un interés de mora distinto, sino que las partes se acogieron a lo que ya se había acordado en la cláusula 38, como regla general en caso de mora.
- Como resultado de los acuerdos celebrados en esta oportunidad, las partes modificaron el numeral 10.1. del Contrato en lo que atañe al valor de las obras contratadas, así como la cláusula 14.1.2. relativa a la remuneración del contratista. En esta última se incrementó el valor máximo para el pago de la remuneración al contratista hasta un monto de \$ 52 708 469 666.

Ahora bien, ha sido objeto de controversia a lo largo del proceso, si los intereses moratorios se generaban dentro de los 18 meses siguientes a la presentación de cada acta de verificación por parte del contratista, o si se generaban dentro de los 19 meses siguientes. Al respecto, el Tribunal advierte que tanto el inciso 8 de la cláusula 14.1.2. del contrato de concesión, como los numerales segundo y tercero del Acta del 22 de septiembre de 2011, son diáfanos en disponer que el plazo total del crédito era de 18 meses, que se contaban así: una vez el contratista presentaba ante el Municipio la respectiva acta de verificación con la factura correspondiente, transcurrían 30 días calendario –es decir, un mes-, al cabo de los cuales, comenzaban a generarse los intereses corrientes que equivalían a la tasa del DTF + 5 %, durante 17 meses, que sumados al inicial daban un total de 18 meses, al cabo de los cuales, comenzaban a generarse intereses moratorios. Y se dice que son 18 meses y no 19, porque así se señaló desde un comienzo en el Contrato, cuando en el inciso 8º de la cláusula 14.1.2., que se vuelve a transcribir, se pactó:

“En caso de que llegara a existir un faltante en la Subcuenta de Redes y no existieren recursos suficientes en la Subcuenta de Excedentes del Municipio para que el Concesionario cumpla con las obligaciones previstas en el Apéndice C, el Concesionario suple este faltante con un crédito al Municipio por 18 Meses, a una tasa del DTF + 5%, previa autorización por escrito del Municipio. El Municipio se obliga a cancelarlo, con recursos de su presupuesto, pero si al cabo de los 18 meses no se ha cancelado el faltante, el Concesionario cobrará un interés de mora a la tasa máxima permitida por la Ley, hasta que se verifique en su totalidad la remuneración”.

En relación con el entendimiento que pudo haber tenido el Concesionario respecto de este otrosí y, en particular, de la financiación a la que se comprometió en dicho instrumento, la testigo Claudia Cecilia Castillo Pico manifestó:

“Voy a tratar de responder ordenadamente. Bueno, ¿qué era lo que decía el contrato de concesión? El contrato de concesión desde su cláusula 14 estipulaba que si era necesaria la financiación de las obras para redes, previa autorización escrita de la Alcaldía, procedía el Concesionario a realizar dicha financiación, entonces más o menos en septiembre del 2011 se precedió a firmar un acta de acuerdo porque se necesitarán recursos adicionales a los 14.000 que teníamos inicialmente o que se tenían inicialmente previstos en el contrato, entonces se procedió a hacer una adición por otros 37.000 millones, y donde era explícito al igual que en la

cláusula 14 que una vez tuviéramos la aprobación para dicha financiando empezarían a correr unos intereses del DTF más cinco durante los primeros dieciocho meses de financiación, y que en caso de no cumplir con esa financiación la Alcaldía debería seguir pagando intereses de mora que estaban estipulado en la cláusula 38; adicionalmente a esos 37.000 millones pues no tengo la cifra completa en la cabeza, pero creo que financiamos otros 3.800 millones de otro adicional.

Tal vez para hacer una salvedad. Una parte de esos recursos que puso el Concesionario que al no ser financiados se debía cumplir como lo dice la cláusula 38 y aplicaba directamente intereses de mora porque ellos no pidieron la financiación sino simplemente nosotros ejecutamos las obras, presentamos las actas, y tenían treinta días para pagar y no lo hicieron”⁴⁶.

Como puede apreciarse, la cláusula es más que clara al señalar, que el crédito tendría una duración de 18 meses y no de 19, como equívocamente aduce la convocada, pues el plazo de gracia de la cláusula 38 del Contrato, sólo tenía aplicación en aquellos eventos en los que no se hubiera establecido un término para el pago de la remuneración respectiva, lo que no ocurrió en el caso concreto del Acta del 22 de septiembre de 2011, en la que se estableció un plazo preciso para que el Municipio cumpliera con su obligación, lapso que era de 18 meses. El único plazo de gracia que se estableció en el Acta en cuestión, fue el de 30 días para que empezaran a generarse intereses corrientes, pero nunca se estableció un término de gracia para la causación de los intereses moratorios.

Además, de aceptarse el argumento de la Convocada, el Contratista estaría asumiendo injustificadamente la mora del Municipio durante un mes, raciocinio que no se compadece con la naturaleza conmutativa de los contratos sinalagmáticos. En consecuencia, le asiste la razón a la Convocante cuando señala que el Municipio incurría en mora en el pago de las Actas de Verificación al cabo de los 18 meses siguientes a la presentación de las mismas.

- De la remuneración de las “Obras para Redes” adicionadas mediante el otrosí No. 6 del 24 de diciembre de 2012 y el Otrosí al Contrato de Adición No. 3.

Mediante Otrosí No. 6 al Contrato, celebrado el 24 de diciembre de 2012, se pactaron también obras adicionales. Luego de analizar la necesidad de recursos adicionales para la terminación de las obras conforme a la justificación hecha por

⁴⁶ Folio 019 Cdo. 5

el Concesionario, con el aval de EMCALI y de la interventoría, el Municipio emitió concepto favorable para estas obras adicionales. Como resultado de lo anterior, se estipuló adicionar el valor de las obras para redes en la suma de \$ 3 988 414 596, cuyo pago se haría mediante actas mensuales de obra ejecutada.

En consecuencia, se incrementó el valor máximo para el pago de la remuneración al contratista al que se refiere la cláusula 14.1.2. hasta un monto de \$ 56 696 884 262.

En esta oportunidad, a diferencia de lo convenido en el Otrosí No. 2 al Contrato, no se pactó que el Contratista financiara al Municipio en los términos de la cláusula 14.1.2, inciso 8 del Contrato. Por lo tanto, los pagos de este grupo de obras se rige por la disposición general incorporada en la cláusula 38 del Contrato, para los efectos de la mora, toda vez que no se estipuló nada diferente o específico para estas obras adicionales. Por consiguiente, en este caso la regla para el pago en materia de intereses moratorios es que vencidos los 30 días calendario se causan intereses de mora correspondiente a la tasa de interés bancario corriente más la tercera parte.

Mediante Otrosí al Contrato de Adición No. 3, otrosí celebrado el 6 de diciembre de 2013, se ajustaron los valores del Contrato, se adicionó el monto correspondiente a obras para redes en \$ 278 770 888, con lo cual el valor máximo de la remuneración al contratista por obras para redes se incrementó a \$ 56 975 655 151. El valor de dicha adición corresponde a las obras para redes para la intervención del corredor vial en la Autopista Sur sentido Norte-Sur de la calzada principal, en el sector comprendido entre la terminación del puente de la calle 23 y el puente de la calle 13.

La remuneración de dichas obras adicionales se haría mediante actas de obra mensuales, conforme a las cláusulas 14.1 y 14.1.1. del Contrato. En esta oportunidad, tampoco se estipuló financiación por parte del Concesionario al Municipio, razón por la cual habrá de aplicarse lo dispuesto en la cláusula 38 del Contrato en lo que concierne a los intereses de mora, si hay lugar a ello.

En relación con este punto, la convocada al contestar la reforma de la demanda manifestó:

“De un lado, si bien ese Otrosí estaba movido por el propósito de introducir una adición al valor del contrato con respecto a obras para redes, no sucedió lo mismo en materia de intereses, porque el

desarrollo del tema [se] incorporó por el enlace de los puntos suspensivos puestos en la parte final del nuevo texto, lo que ya consagraba el inciso 8° de la cláusula 14.1.2. del Contrato de Concesión, disposición ésta que es la llamada a continuar rigiendo sin alteraciones.

“Se quiere significar que aunque el Otrosí No. 6 no trata específicamente el tema de intereses, no por eso hay lugar a interpretar que los suprimió, porque al concluir la frase de la cláusula que introdujo la adición, la misma mediante los puntos suspensivos [(...)] denota que por virtud de los mismos se tiene el propósito de evitar transcribir el resto del texto anterior con la finalidad de no volverlo a mencionar, significando esto que las modificaciones de cada momento se circunscribieron al valor del Contrato de Concesión y, por ello, no aplican para la liquidación de intereses, por encontrarse la materia regulada por acuerdo bilateral en el inciso 8° de la cláusula 14.1.2. del Contrato de Concesión”.

Los argumentos de la convocada en este punto carecen de fundamento, en tanto que como ya se vio, ni en las cláusulas del Otrosí No. 6, ni en las consideraciones que le precedieron, se mencionó que el Consorcio se comprometía a financiar los recursos necesarios para la adición, como lo había hecho al suscribir el Acta del 22 de septiembre de 2011. Por el contrario, como puede constatarse con el análisis comparativo de los dos instrumentos contractuales que se acaba de hacer, es nítido que para el Otrosí No. 6 las partes no estipularon nada en relación con la financiación por parte del Concesionario, como sí lo hicieron al celebrarse el Otrosí No. 2. Dicha conducta contractual no es irrelevante y por el contrario denota que ellas acordaron un tratamiento distinto para las obras para redes estipuladas en el Otrosí No. 6 y aquellas pactadas en el Otrosí No. 2, en la medida en que para este último caso convinieron en forma explícita una financiación por parte del Concesionario, no así en el Otrosí No. 6. Por consiguiente, mal puede el Tribunal aplicar al Otrosí No. 6, en el que las partes se abstuvieron de pactar la referida financiación, lo que fue acordado en forma nítida y expresa en el Otrosí No. 2, sin que medie ningún elemento de prueba que acredite que esa fue la voluntad de las partes. No puede extenderse lo acordado en el Otrosí No. 2 respecto de la financiación, a la remuneración de las obras acordadas en el Otrosí No. 6 sobre la base de que al haberse introducido unos puntos suspensivos, con ello debe entenderse que fue voluntad de las partes reiterar lo pactado. Las disposiciones contractuales analizadas y el principio de “aplicación estricta” (Cláusula 13) de las disposiciones que rigen la remuneración del Concesionario disponen que la

financiación por parte de este último procedía “previa autorización por escrito del Municipio” (Cláusula 14.1.2., se subraya) autorización que se echa de menos para las obras adicionales del Otrosí No. 6.

No está de más recordar, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son solemnes y para su perfeccionamiento requieren celebrarse por escrito, exigencia que aplica no sólo para el contrato inicial, sino también para todas sus modificaciones y adiciones, por lo que, si la voluntad del Municipio era que el Consorcio nuevamente se comprometiera a financiar los recursos faltantes para culminar las “Obras para Redes”, así debió plasmarse en el texto del Otrosí No. 6, sin embargo, no se hizo, por lo que esa presunta voluntad no trascendió a la vida jurídica, en tanto en el ámbito de la contratación estatal no existen los pactos o acuerdos implícitos. Conforme a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, las normas de contratación pública imponen como requisito para la adición de un contrato estatal, que la misma se haga por escrito⁴⁷:

“Pues bien, en este contexto, las normas de contratación pública han sido estrictas en los requisitos para realizar una adición al contrato estatal y en particular han establecido:

- La exigencia del acuerdo escrito previo como una condición *ad substantiam actus* para la modificación al contrato estatal, siguiendo respecto de la modificación contractual la misma formalidad que se exige para la existencia del contrato administrativo o estatal, según el caso. En este punto se recuerda que tanto el Decreto-ley 150 de 1976, como el Decreto-ley 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993 establecieron el requisito solemne del escrito para el contrato, al punto que bajo la legislación vigente la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en manifestar que el escrito contentivo del objeto y la contraprestación constituye uno de los elementos de existencia del contrato, asunto que igualmente aplica a la modificación del contrato”.

De acuerdo con lo anterior, si las partes no pactaron por escrito y de manera expresa que el Consorcio se comprometía a financiar la suma adicionada en el Otrosí No. 6, solo puede concluirse que tal estipulación no se realizó ni se incorporó, conclusión que no se altera por la invocación de la existencia de

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de junio de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 17.431.

unos puntos suspensivos, como lo sostiene el Municipio. En este orden de ideas, a falta de otra estipulación, el plazo para pagar las actas mensuales de verificación que el Contratista presentó como consecuencia de la suscripción de esa adición, debían cancelarse en el plazo señalado en el inciso 2° del artículo 38 del contrato, es decir, dentro de los 30 días calendario siguientes a su presentación, so pena de que generaran intereses de mora.

Al recapitular lo anteriormente expuesto, se concluye de manera preliminar lo siguiente:

- No se estableció plazo de gracia para la remuneración de la totalidad de las etapas, sino únicamente para la de “Obras para Redes” adicionadas mediante el Acta del 22 de septiembre de 2011 y en el otrosí No. 6 del 24 de diciembre de 2012, pues para las etapas de construcción y conservación, los plazos para el pago de las remuneraciones se estipularon en la cláusula 13 del Contrato.
- El plazo para que el Municipio cancelara los recursos adicionados mediante el Otrosí No. 2 y el Acta del 22 de septiembre de 2011, era de 18 meses contados a partir de la presentación por parte del Consorcio de las Actas de Verificación con las facturas correspondientes, de la siguiente manera: una vez el Consorcio presentaba el acta respectiva, transcurrían 30 días calendario durante los cuales no se generaba ningún tipo de intereses, agotado ese plazo, transcurrían 17 meses durante los cuales se generaban intereses corrientes a favor del contratista, para un total de 18 meses. Si al cabo de ese período el Municipio aún no cancelaba el crédito, comenzaban a generarse intereses de mora.
- El Consorcio asumió la financiación de los recursos que faltaban para terminar las “Obras para Redes” objeto del Otrosí No. 2, como expresamente se pactó en dicho documento
- En relación con las obras materia del Otrosí No. 6 no existió autorización del Municipio, ni pacto de financiación por parte del Consorcio, razón por la cual la remuneración correspondiente a estas obras debía pagarse conforme a lo dispuesto en la cláusula 38 del Contrato en lo que concierne a los intereses de mora, si hay lugar a ello.

2.4. DEL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE ENTENDÍAN REALIZADOS LOS PAGOS.

Otro aspecto que ha sido objeto de controversia a lo largo del proceso es el momento a partir del cual se entendía realizado el pago de la remuneración, pues según la Convocante, el mismo se materializaba una vez el Municipio de Cali trasladaba los recursos de la “Subcuenta de Pagos” a la “Subcuenta Principal”, mientras que según la Convocada, bastaba con que los recursos se trasladaran a la “Subcuenta de Pagos” para que el pago se concretara.

Antes de dilucidar este punto, es necesario precisar que para administrar los pagos, se constituyó un fideicomiso, dentro del cual se crearon varias subcuentas, entre ellas la “Subcuenta de pagos”, la “Subcuenta de Manejo de Redes” y la “Subcuenta Principal”, que fueron definidas en las cláusulas 1.68, 1.69 y 1.72 del Contrato, en los siguientes términos:

“1.68. “Subcuenta de pagos”.

“Es la subcuenta que deberá constituir el Concesionario en el Fideicomiso en la cual éste depositará los recursos destinados a la Remuneración Principal, traslado, reposición y extensión de las Obras para Redes que sean desembolsados por el Municipio, en los términos de la CLÁUSULA 13, del presente Contrato de Concesión.

“Los rendimientos producidos por los recursos depositados en la Subcuenta de Pagos acrecerán la misma, sin que puedan ser objeto de deducción alguna a título de comisión fiduciaria.

“Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del Fideicomiso y las sumas depositadas en ella serán las provenientes de las vigencias futuras y se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en el párrafo anterior. Ello sin perjuicio de que los recursos de la Subcuenta de Pagos sean trasladados a la Subcuenta Principal estrictamente bajo las condiciones que se señalan en el numeral 13.1.5. del presente Contrato.

“El Municipio será el beneficiario final de los excedentes de la Subcuenta de pagos. Esta subcuenta será liquidada una vez que se hayan realizado la totalidad de los traslados a la Subcuenta

Principal. Si quedaren excedentes tras la liquidación, éstos serán transferidos a la Subcuenta de Excedentes del Municipio”
(Negrillas del Tribunal).

Especial importancia reviste el último inciso de la cláusula que se acaba de citar, según la cual, el Municipio era el único beneficiario de los excedentes de la “Subcuenta de Pagos”, estipulación de la cual se infiere que los recursos que hacían parte de esta “Subcuenta”, le pertenecían al Municipio y no al Consorcio, en tanto si fueran de propiedad de este último, los excedentes redundarían en beneficio suyo y no del Municipio.

“1.69. “Subcuenta de Manejo de Redes”.

“Es la subcuenta que deberá constituir el **Concesionario** en el **Fideicomiso**, en la cual se depositarán, los recursos necesarios para las labores descritas en el **Apéndice C** de redes que afecten directa o indirectamente la ejecución del presente **Contrato**.

“Esta subcuenta deberá manejarse de manera totalmente independiente de los demás recursos del Fideicomiso. El Municipio consignará directamente en esta subcuenta los recursos necesarios para cumplir con las obligaciones contractuales referidas a la reposición, traslado y ampliación de redes y se aplicarán estos recursos exclusivamente a las finalidades descritas en el párrafo anterior”.

“1.72. Subcuenta Principal.

“Es la Subcuenta que deberá constituir el **Concesionario** en el **Fideicomiso** en la cual se manejarán todos los recursos que de conformidad con este **Contrato** que no deban mantenerse en la **Subcuenta de Interventoría, Subcuenta de Predios, Subcuenta de Manejo de Redes, Subcuenta de Pagos Retenidos, Subcuenta de Excedentes del Municipio** o en la **Subcuenta de Pagos**.”

Ahora bien, del contenido de la cláusula 1.68, inciso 4º y de las cláusulas 13 y 14 del Contrato, se concluye que el pago se entendía realizado solo cuando se trasladaban los recursos de la “Subcuenta de pagos” a la “Subcuentas de Manejo de Redes” y a la “Subcuenta Principal”, comoquiera que mientras los recursos se encontraran en la “Subcuenta de pagos”, el Concesionario no podía disponer de

ellos para fines diferentes a los de la ejecución del contrato, de donde se sigue que mientras estuvieran en dicha cuenta, los recursos todavía no le pertenecían al Contratista, sino que seguían siendo de propiedad de la entidad. Así se infiere del inciso 2º de la cláusula 13.1.4., que señalaba:

“(…) los recursos que se encuentren en la Subcuenta de Pagos, mientras permanezcan en dicha subcuenta no podrán ser utilizados por el Concesionario para ningún fin distinto al cumplimiento del presente Contrato. Dichos recursos no podrán ser utilizados por el Concesionario para ningún fin distinto al cumplimiento del presente Contrato. **Dichos recursos podrán ser utilizados por el Concesionario sólo en la medida en que sean trasladados a la Subcuenta Principal** traslado que se hará en las fechas previstas en el numeral 13.1.5. de esta misma CLÁUSULA” (Resaltado del Tribunal).

A su vez, de los numerales 13.6.1.2 y 13.6.1.3, se concluye que los pagos de la remuneración correspondiente a las etapas de construcción y conservación, se realizaban mediante el traslado de los recursos de la “Subcuenta de Pagos” a la “Subcuenta Principal”.

Además de la claridad de las cláusulas que se vienen de transcribir, el testimonio del señor José Moreno Barco —quien para la fecha en que se ejecutó el contrato se desempeñaba como Subsecretario de Apoyo Técnico de la Secretaria de Infraestructura y Valorización del Municipio de Cali— también permite concluir que el pago solo se entendía realizado una vez los recursos se trasladaban a la “Subcuenta Principal”, y no antes. Es así como en audiencia celebrada el 17 de mayo de 2016, el señor Moreno Barco manifestó:

“La obligación del Municipio era transferir esos recursos al patrimonio autónomo, cómo estaba conformado el patrimonio autónomo, con unas subcuentas donde teníamos una subcuenta de pagos que es donde inicialmente el Municipio transfería los recursos que era la obligación del contrato, **una vez los recursos en la subcuenta de pagos para poder que se transfieran a la subcuenta principal que sería la subcuenta que ya es del concesionario,** se debería surtir unos procedimiento y el lleno de unos requisitos, esos requisitos eran la verificación del cumplimiento de los hitos contenidos en el esquema de remuneración (Resaltado del Tribunal).

“Básicamente lo que tenían que hacer era el interventor verificar que efectivamente los hitos contenidos en el esquema de remuneración se cumplieran, y cuando se cumplían con la verificación del interventor, obviamente del contratista y el supervisor del contrato que prácticamente es nuestro representante de... en el contrato, cuando se verificaba el secretario tenía la obligación de expedir la... **para que se adquirieran los recursos de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal donde ya eran recursos del concesionario...**” (Énfasis del Tribunal).

Y más adelante, en la misma audiencia, el testigo expresó:

“(...) los recursos que estaban en la subcuenta de pagos previo a la transferencia a la subcuenta principal, eran recursos que eran del patrimonio autónomo y los rendimientos que se generaban en esa cuenta pertenecían al Municipio Santiago de Cali”⁴⁸.

En relación con el pago de la remuneración de las “Obras para Redes”, la cláusula 14.1.2 señala:

“Los valores causados por concepto de remuneración de obras para redes serán pagados al concesionario, previo cumplimiento de las especificaciones de redes de servicios públicos (apéndice C) mediante el sistema de precios unitarios, los cuales se encuentran descritos en el apéndice H, mediante el traslado de los recursos correspondientes de la Subcuenta de Redes a la Subcuenta Principal”.

En este orden de ideas, se tiene que de conformidad con lo previsto en las cláusulas 13 y 14 del Contrato, el pago de las remuneraciones de las Etapas de Construcción y Conservación y de las “Obras para Redes”, se materializaba únicamente cuando los recursos se trasladaban a la “Subcuenta Principal”, y no cuando se trasladaban a la “Subcuenta de Pagos”, toda vez que mientras estuvieran en esta última, aún no ingresaban al patrimonio del Consorcio, al punto que este no podía destinarlos a otro fin diferente a la ejecución del Contrato, y los rendimientos que se generaran a partir de ellos ingresaban al patrimonio del Municipio. Esta conclusión está respaldada también en el testimonio del señor José Moreno Barco, quien manifestó que el Consorcio solo podía disponer

⁴⁸Folio 019 Cdo. 6.2.

libremente de los recursos, cuando eran trasladados a la “Subcuenta Principal” y no antes.⁴⁹

De igual forma, es preciso señalar, que tampoco resulta fundado el argumento del Municipio, según el cual el hecho de que no se hubieran trasladado a tiempo los recursos de la “Subcuenta de Pagos” y de la “Subcuenta de Redes” a la “Subcuenta Principal” era responsabilidad de la Fiduciaria, pues el Contrato es claro en establecer en las cláusulas 13.1.6.2., incisos primero y segundo y 13.1.6.3., inciso primero, que para que la entidad fiduciaria realizara el traslado correspondiente de una cuenta a otra, debía mediar primero la orden del Municipio. Véase:

“13.1.6.2. Traslados de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal durante la Etapa de Construcción.

“Terminado (sic) y cumplida la Etapa de Preconstrucción en los términos señalados en este Contrato **el Municipio ordenará a la entidad fiduciaria administradora del Fideicomiso que efectúe el traslado correspondiente por el primer pago,** el cual se perfeccionará de conformidad con lo dispuesto en el numeral 13.1.2. (Resaltado del Tribunal)

“Una vez realizado el traslado de que trata el parágrafo anterior, **el Municipio ordenará los traslados** empezando y verificando el cumplimiento del primer Hito durante la Etapa de Construcción, entendido como la ejecución de la totalidad de los Hitos que deban estar terminados al finalizar el mes dieciocho (18) de la Etapa de Construcción de acuerdo con lo previsto en Apéndice G, **el Municipio ordenará a la fiduciaria administradora del Fideicomiso que efectúe el traslado correspondiente, de conformidad con las fechas señaladas en el numeral 13.1.6.2 de esta CLÁUSULA**” (Resaltado del Tribunal).

“13.1.6.3. Traslados de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal durante la Etapa de Conservación.

⁴⁹ Cabe anotar desde ya, que en el dictamen rendido por la firma ÍNTEGRA, los peritos parten de esta conclusión para calcular el monto de los intereses adeudados por el Municipio al Consorcio, de donde se sigue, que sus cálculos se ajustan a lo previsto en el clausulado del contrato.

“Una vez vencidos los diez y ocho (18) meses de la Etapa de Construcción y cumplidos los Hitos señalados en el Apéndice G, **el Municipio ordenará a la fiduciaria administradora del Fideicomiso que efectúe el traslado correspondiente, de conformidad con las fechas y condiciones señaladas en el numeral 13.1.6.3.** de esta CLÁUSULA (...)” (Resaltado del Tribunal).

En armonía con esta consideración, resulta pertinente lo dispuesto en la Cláusula 7 del Contrato relativo a las obligaciones del Municipio, entre las que se señala sin lugar a dudas que los pagos estaban a cargo del Municipio:

“a) El Municipio tendrá como obligación con ocasión del presente **Contrato de Concesión**, efectuar las remuneraciones a que se compromete de conformidad con las CLAUSULA 13 CLAUSULA 14, del presente **Contrato de Concesión**. En cualquier caso que el **Contrato** mencione una obligación de pagar alguna suma de dinero al **Concesionario**, por cualquiera de los conceptos señalados en el **Contrato**, **se entenderá que el Municipio será el encargado hacer efectivo dicha remuneración**” (Subrayas agregadas).

Así las cosas, el argumento invocado por la convocada según el cual la demora en los traslados de los fondos a la Subcuenta Principal era responsabilidad de la Fiduciaria no solo no tiene respaldo probatorio, sino que tampoco tiene fundamento en el Contrato, en la medida en que este dispone con claridad que es responsabilidad del Municipio hacer efectiva la remuneración del contratista, esto es, permitir que el Concesionario pudiera disponer de los fondos que constituyen dicha remuneración.

Dicho entendimiento fue corroborado por el testigo José Moreno Barco, quien a instancias del Municipio describió el mecanismo de pagos del Contrato, que denota que dicha entidad tenía la responsabilidad de instruir a la fiduciaria acerca del pago a favor del Concesionario:

“Es correcto, la transferencia inicial a la subcuenta de pagos ya estaba adelantada, venía el proceso técnico-administrativo de la verificación del cumplimiento de los hitos dentro del contrato, esa verificación era un tema del contratista, del concesionario, del interventor y el supervisor del Municipio Santiago de Cali, ellos una vez concluían ese proceso de verificación, presentaban las actas de verificación con la cual el secretario de infraestructura impartía la instrucción correspondiente a la fiducia para

que se hiciera el giro; de esa instrucción inmediatamente se llenaban los requisitos para el pago, para la transferencia”⁵⁰.

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que el Municipio incumplió el contrato de concesión No. 4141.1.14.26.004-10 Grupo No. 2, como quiera que pagó las facturas presentadas por el contratista por fuera de las fechas estipuladas en el contrato y en sus otrosíes. Este aserto se corrobora con los siguientes elementos de prueba:

En el dictamen pericial elaborado por la firma STRATEGAS y CONSULTORES, que fue aportado con la demanda, se relacionan las fechas en las que debía pagarse la remuneración de cada etapa y de las “Obras para Redes”, y las fechas en las que efectivamente el Municipio pagó las facturas que presentaba el Consorcio, verificaciones que encuentran respaldo en la contabilidad del Fideicomiso y que no fueron desvirtuadas con las demás pruebas del proceso. Cabe aclarar en este punto que en el proceso estas fechas no fueron cuestionadas ni desconocidas por el Municipio, ni en el dictamen pericial elaborado por CABRERA & BEDOYA que la convocada aportó al contestar la demanda, como quiera que tanto las objeciones formuladas por dicha firma a la experticia de la convocante, así como los argumentos planteados en el escrito de contestación se centraron, de modo principal, en cuestionamientos a la metodología y las tasas de interés mas no a las fechas en las que debían realizarse los pagos. Así mismo, en el proceso no se acreditó que las fechas en las que debían hacerse los pagos al Concesionario fueran diferentes de las que se invocan en la demanda y en la experticia aportada con esta.

En este orden de ideas, se tiene que de conformidad con la tabla No. 4 de la experticia de STRATEGAS CONSULTORES, las fechas en las que debían pagarse los hitos correspondientes a la etapa de construcción eran las siguientes:

⁵⁰ Folio 019 vto Cdo. 6.2

Tabla No. 4 - Cronograma de pagos de la etapa de Construcción

Concepto	Trimestre (desde Fecha de Inicio de la Etapa de Construcción)	Fecha de pago según lo dispuesto en la cláusula 13.1.2 y 13.1.5	Remuneración Principal (Pesos corrientes de cada mes)
Primer pago		31 de octubre de 2010	27.049.305.000
Primer Hito	1	31 de enero de 2011	18.486.887.000
Segundo Hito	2	29 de abril de 2011	10.672.324.000
Tercer Hito	3	29 de julio de 2011	8.823.635.000
Cuarto Hito	4	31 de octubre de 2011	13.265.755.000
Quinto Hito	5	31 de enero de 2012	13.265.755.000

La fecha de Inicio de la Etapa de construcción es el 21 de octubre de 2010 (fecha de suscripción acta de inicio de la etapa de construcción)

A su vez, en la tabla No. 6 se indican los plazos para pagar la remuneración en la Etapa de Construcción:

Tabla No. 6 - Plazo para Remuneración de la Etapa de Construcción

Concepto	Plazo
Primer Pago	1 de noviembre de 2010
Primer Hito	Entre el 20 de enero de 2011 y el 31 de enero de 2011.
Segundo Hito	Entre el 20 de abril de 2011 y el 29 de abril de 2011.
Tercer Hito	Entre el 20 de julio de 2011 y el 29 de julio de 2011.
Cuarto Hito	Entre el 20 de octubre de 2011 y el 31 de octubre de 2011.
Quinto Hito	Entre el 20 de enero de 2012 y el 31 de enero de 2012.

A su vez, en la tabla No. 7, se señalan los días de mora en que incurrió en Municipio por el pago tardío de la remuneración en la Etapa de Construcción, y se indica también, cuáles eran las fechas en las que dicha entidad debió haber pagado y la fecha en que efectivamente lo hizo:

Tabla No. 7. Días de Mora en la Remuneración de la Etapa de Construcción

Concepto	Valor Factura	Fecha Contractual de Pagos (1)	Pagos Efectuados	Fecha Efectiva de Pago	Días de Retraso
Primer Pago.	27,049,305,000	01/11/2010	27,049,305,000	04/11/2010	3
Hito 1 - Factura No. 13	18,486,887,000	19/02/2011	18,486,887,000	15/03/2011	26
Hito 2 - Factura No. 17	10,672,324,000	06/05/2011	10,672,324,000	23/05/2011	17
Hito 3 - Factura No. 22	8,823,635,000	29/07/2011	8,823,635,000	01/09/2011	31
Hito 4 - Factura No. 29	13,265,755,000	31/10/2011	5,000,000,000	23/03/2012	142
		31/10/2011	8,265,755,000	09/05/2012	188
		31/01/2012	1,967,504,668	20/06/2012	139
		31/01/2012	3,958,404,801	13/07/2012	162
Hito 5 - Factura No. 40	13,265,755,000	31/01/2012	3,806,675,182	08/08/2012	187
		31/01/2012	3,462,588,704	17/09/2012	226
		31/01/2012	70,581,645	24/09/2012	233

Fuente: Contabilidad Fideicomiso y Cálculos Propios

(1) La fecha contractual tiene en cuenta que los pagos se efectúan el último día hábil del mes del cronograma de traslados. Esta estipulación no aplica para el Primer Pago, el cual se debía efectuar el último día del mes en que se suscribió el acta de inicio.

Por su parte, las fechas en las que debían realizarse los pagos durante la Etapa de Conservación están relacionadas en la tabla No. 5 del dictamen de STRATEGAS, así:

Trimestre	En el mes de inicio del trimestre (desde fecha de inicio de la Etapa de Conservación)	Fecha de pago según lo dispuesto en la cláusula 13.1.3 y 13.1.5.	Remuneración principal (pesos corrientes cada mes)
Primer	1	30 de abril de 2012	11.640.094.000
Segundo	2	31 de julio de 2012	11.640.094.000
Tercer	3	31 de octubre de 2012	11.640.094.000
Cuarto	4	31 de enero de 2013	11.640.094.000
Quinto	5	30 de abril de 2013	5.919.327.000
Sexto	6	31 de julio de 2013	5.919.327.000
Séptimo	7	31 de octubre de 2013	5.919.327.000
Octavo	8	31 de enero de 2014	5.919.327.000

En la tabla 10 se indican los plazos que tenía el Municipio para cancelar la remuneración durante la Etapa de Conservación:

Tabla No. 10 - Plazo para Remuneración de la Etapa de Conservación

Concepto	Plazo
Primer Trimestre	Entre el 23 de abril de 2012 y el 30 de abril de 2012.
Segundo Trimestre	Entre el 23 de julio de 2012 y el 31 de julio de 2012.
Tercer Trimestre	Entre el 23 de octubre de 2012 y el 31 de octubre de 2012.
Cuarto Trimestre	Entre el 23 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2013.
Quinto Trimestre	Entre el 23 de abril de 2013 y el 30 de abril de 2013.
Sexto Trimestre	Entre el 23 de julio de 2013 y el 31 de julio de 2013.
Séptimo Trimestre	Entre el 23 de octubre de 2013 y el 31 de octubre de 2013.
Octavo Trimestre	Entre el 23 de enero de 2014 y el 31 de enero de 2014.

A continuación, en la tabla No. 11 se muestra con claridad cuál era la fecha límite para pagar la remuneración trimestral de la Etapa de Conservación y la fecha en que efectivamente el Municipio realizó el pago:

Tabla No. 11 - Días de Mora en la Remuneración de la Etapa de Conservación

No. Factura	Valor Factura	Fecha Contractual de Pago (1)	Pagos Efectuados	Fecha Efectivo de Pago	Días de Retraso
Factura No. 52	11,640,093,997	30/04/2012	3,051,476,363	02/10/2012	151
		30/04/2012	1,627,441,221	28/09/2012	147
		30/04/2012	1,437,998,433	08/11/2012	187
		30/04/2012	2,699,999,999	01/02/2013	270
		30/04/2012	1,794,598,085	14/02/2013	283
		30/04/2012	1,028,579,896	26/03/2013	325
Factura No. 65	11,640,093,998	31/07/2012	2,642,713,822	26/03/2013	235
		31/07/2012	2,776,315,736	30/04/2013	269
		31/07/2012	3,058,248,667	22/05/2013	291
		31/07/2012	3,162,815,773	25/06/2013	324
Factura No. 78	11,640,093,998	31/10/2012	36,862,516	04/07/2013	243
		31/10/2012	2,409,174,417	26/07/2013	265
		31/10/2012	2,613,366,522	29/08/2013	298
		31/10/2012	3,698,295,204	26/09/2013	325
Factura No. 89	11,640,093,998	31/10/2012	2,882,395,341	31/10/2013	360
		31/01/2013	2,541,753,762	31/10/2013	270
		31/01/2013	2,112,084,939	01/12/2013	300

No. Factura	Valor Factura	Fecha Contractual de Pago (1)	Pagos Efectuados	Fecha Efectivo de Pago	Días de Retraso
		31/01/2013	2,198,646,719	27/12/2013	326
		31/01/2013	900,023,686	02/01/2014	331
		31/01/2013	3,887,584,892	25/02/2014	384
Factura No. 99	5,919,327,000	30/04/2013	5,919,327,000	25/02/2014	294
		31/07/2013	3,158,362,988	27/03/2014	236
Factura No. 118	5,919,326,999	31/07/2013	55,185,554	28/03/2014	237
		31/07/2013	2,705,778,457	05/05/2014	274
		31/10/2013	1,934,228,901	05/05/2014	184
Factura No. 132	5,919,327,000	31/10/2013	1,789,971,866	19/06/2014	228
		31/10/2013	2,195,126,233	29/05/2014	208
		31/01/2014	526,912,861	19/06/2014	138
		31/01/2014	2,085,711,170	25/07/2014	174
Factura No. 148	5,919,327,000	31/01/2014	1,916,290,569	12/08/2014	191
		31/01/2014	1,390,412,400	15/09/2014	224

Fuente: Contabilidad Fideicomiso y Cálculos Propios

(1) La fecha contractual tiene en cuenta que los pagos se efectúan el último día hábil del mes del cronograma de traslados.

En relación con el pago extemporáneo de las “Obras para Redes” inicialmente contratadas, en la tabla No. 14 se indica cuál era la fecha en que debía realizarse el pago y cuál fue la fecha en que efectivamente se hizo:

Tabla No. 14 - Días de Mora en la Remuneración de Obras para Redes

No. Factura	Valor Factura	Fecha Contractual de pago	Fecha Efectiva de Pago	Pagos	Días de Retraso
11	59,666,857	25/02/2011	25/04/2011	59,666,857	59
10	625,270,868	25/02/2011	25/04/2011	625,270,868	59
12	648,535,574	11/03/2011	25/04/2011	648,535,574	43
14	1,310,783,073	24/04/2011	28/06/2011	1,310,783,073	63
15	1,815,159,936	12/05/2011	28/06/2011	1,815,159,936	45
18	1,474,729,431	16/06/2011	28/06/2011	1,474,729,431	11
20	4,259,843,633	22/07/2011	19/10/2011	4,259,843,633	86
19	63,674,774	22/07/2011	20/10/2011	63,674,774	87
24	2,640,856,211	17/08/2011	18/11/2011	2,640,856,211	90
25	1,908,546,643	10/09/2011	18/11/2011	1,908,546,643	67

Fuente: Contabilidad Fideicomiso y Cálculos Propios

En cuanto al retraso en el pago de las “Obras para Redes” adicionadas mediante el otrosí No. 2, en la tabla No. 16 se indica cuál era la fecha en que debía realizarse el pago, según la presentación de cada factura con su respectiva acta de verificación y la fecha en la que el Municipio procedió a hacerlo:

Tabla No. 16 - Días de Mora en la Remuneración de Obras para Redes Otrosí No. 2

No. Factura	Valor Factura	Fecha Inicio Intereses Remuneratorio	Termino de 18 meses para Intereses Remuneratorios (DTF+5)	Fecha efectiva de Pago	Total Días Transcurridos	Días de Intereses Remuneratorios
26	662,533,691	10/09/2011	10/02/2013	08/03/2012	208	178
27	3,067,346,042	28/10/2011	28/03/2013	08/03/2012	160	130
28	2,196,728,790	13/11/2011	13/04/2013	08/03/2012	145	115
35	2,011,829,064	11/12/2011	11/05/2013	08/03/2012	117	87
34	39,860,100	11/12/2011	11/05/2013	08/03/2012	117	87
38	2,719,702,313	05/01/2012	05/06/2013	08/03/2012	93	63
41	1,390,652,540	09/03/2012	09/08/2013	30/07/2012	171	141
43	894,241,843	18/06/2012	18/11/2013	30/07/2012	72	42
46	1,501,131,709	02/05/2012	02/10/2013	31/01/2014	540	510
53	2,182,138,666	04/06/2012	04/11/2013	31/01/2014	540	510
62	2,445,724,316	21/07/2012	21/12/2013	20/11/2014	540	510
64	1,601,554,738	05/08/2012	05/01/2014	20/11/2014	540	510
67	2,194,703,769	17/09/2012	17/02/2014	25/11/2014	540	510
72	2,157,766,379	21/10/2012	21/03/2014	25/11/2014	540	510
74	3,208,973,340	04/11/2012	04/04/2014	25/11/2014	540	510
80	5,257,421,271	30/11/2012	30/04/2014	29/12/2014	540	510
83	2,066,590,671	07/01/2013	07/06/2014	07/04/2015	540	510
84	2,302,503,424	12/01/2013	12/06/2014	17/04/2015	540	510

Fuente: Contabilidad Fideicomiso y Cálculos Propios

Finalmente, en relación a las “Obras para Redes” adicionadas mediante el otrosí No. 6 y el contrato de adición No. 3, se tiene que los pagos fueron extemporáneos y comenzaron a causar intereses a partir de las siguientes fechas:

Tabla No. 22 – Días de Mora de las Facturas de Obras para Redes Otrosí No. 6 y Otrosí al Contrato de Adición No. 3

No. Factura	Valor Factura	Fecha Radicación Factura	Fecha Inicio Intereses Mora	Fecha Actualización	Días Intereses Mora
85	755,581,245	12/12/2012	11/01/2013	31/08/2015	950
95	766,742,339	04/04/2013	04/05/2013	31/08/2015	837
96	1,131,857,117	04/04/2013	04/05/2013	31/08/2015	837
101	73,089,823	24/04/2013	24/05/2013	31/08/2015	817
104	250,655,539	28/05/2013	27/06/2013	31/08/2015	784
113	224,321,825	25/06/2013	25/07/2013	31/08/2015	756
121	318,456,413	09/08/2013	08/09/2013	31/08/2015	713
149	185,534,945	31/01/2014	02/03/2014	31/08/2015	539
154	47,539,289	04/03/2014	03/04/2014	31/08/2015	508

Fuente: Contabilidad Fideicomiso y Cálculos Propios

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que el Municipio debía efectuar el pago de las remuneraciones en fechas previamente estipuladas en el Contrato, y lo hizo en otras, conforme lo acreditan, entre otros medios de prueba, el dictamen elaborado por la firma STRATEGAS, que a su vez está respaldado en la contabilidad del Fideicomiso, en la que constan las fechas en las que se trasladaron los recursos a la subcuenta principal.

Con el mismo mérito de convicción, obran múltiples comunicaciones que radicó el Concesionario en la Secretaría de Infraestructura y Valorización del Municipio, en las que solicitó con insistencia el pago de las facturas que se habían presentado por concepto de “Obras para Redes”, así como por los hitos ejecutados en las Etapas de Construcción y Conservación. De dichos documentos también se infiere que la entidad no pagó en forma oportuna las facturas a las que se refieren dichas comunicaciones, entre las cuales conviene relacionar las siguientes:

- Comunicación radicada el 28 de enero de 2013, por medio de la cual el Consorcio solicitó el pago de las facturas Nos. 46, 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, y 85, que se encontraban pendientes por concepto de “Obras para Redes”; y de las facturas Nos. 52, 73, 79, 88, 65, 76, 89, cuyo pago se encontraba pendiente por los hitos 1º a 4º de la Etapa de Conservación⁵¹.

- Comunicación radicada el 12 de febrero de 2013, en la que el Consorcio solicitó al Municipio el pago que estaba pendiente de las facturas Nos. 46, 53, 62,

⁵¹ Folios 2263-2264, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

64, 67, 72, 74, 80, 83, 84 y 85, por concepto de “Obras para Redes”; y el pago pendiente de las facturas Nos. 52, 73, 79, 88, 90, 65, 78 y 89, por los hitos ejecutados en la Etapa de Conservación⁵².

- Comunicación radicada el 5 de abril de 2013, en la que el Consorcio solicitó el pago de las siguientes: i) facturas Nos. 46, 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95 y 96, cuyo pago estaba pendiente por concepto de “Obras para Redes”; ii) facturas Nos. 93 y 94, por intereses sobre facturas de obras para redes pendientes por pagar; y iii) facturas Nos. 65, 92, 78 y 89, por los hitos 2º, 3º, y 4º de la Etapa de Conservación⁵³.

- Comunicación del 24 de abril de 2013, en la que el Consorcio solicitó el pago de las siguientes: i) facturas Nos. 46, 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95 y 96, por concepto de obras para redes; ii) facturas Nos. 93 y 94, por intereses sobre facturas de obras de redes pendientes por pagar; y iii) facturas Nos. 65, 92, 96, 78, 89 y 99, por los hitos 2º, 3º, 4º y 5º de la Etapa de Conservación⁵⁴.

- Comunicación del 18 de marzo de 2013, mediante la cual el Consorcio solicitó el pago de las siguientes sumas de dinero que se encontraban pendientes: i) \$ 25.674.089.528 por concepto de “Obras para Redes”; ii) \$ 37.505.721.472, por concepto de hitos de la Etapa de Conservación y iii) \$ 8.399.817.555, por concepto de intereses causados de conformidad con lo previsto en los numerales 13.1.6.2., 13.1.6.3. de la cláusula 13, la cláusula 38 y en el Acta del 22 de septiembre de 2011⁵⁵.

- Comunicación del 9 de septiembre de 2013, en la que el Consorcio solicitó el pago de las facturas Nos. 46, 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121 por concepto de “Obras para Redes”; de las facturas Nos. 93, 100, 105, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 119, 120, 123 y 124, por concepto de intereses sobre el financiamiento de las facturas correspondientes a las obras para redes ejecutadas; y de las facturas Nos. 52, 73, 79, 88, 90, 91, 65, 92, 98, 102, 106, 78, 108, 117, 122, 89, 99 y 118, por los hitos 1º a 6º de la Etapa de Conservación⁵⁶.

- Comunicación radicada el 28 de febrero de 2014, en la que el Consorcio solicitó el pago de las facturas Nos. 46, 143, 144, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 93, 100, 105, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 119, 120, 123,

⁵² Folio 1486, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁵³ Folios 4917-4919, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁵⁴ Folios 4920-4922, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁵⁵ Folios 2689-2698, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁵⁶ Folios 3632-3636, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

124, 131, 127, 134, 136, 138, 139, 146, 147, 152 y 153, cuyo pago se encontraba pendiente por concepto de obras para redes; y de las facturas Nos. 52, 73, 79, 88, 90, 91, 65, 92, 98, 102, 106, 78, 108, 117, 122, 125, 128, 89, 130, 133, 141, 142, 150, 99, 151, 118, 132 y 148, cuyo pago estaba pendiente por los hitos 1º a 8º de la Etapa de Conservación⁵⁷.

- Comunicación radicada el 2 de abril de 2014, mediante la cual el Consorcio solicitó el pago de las facturas Nos. 46, 93, 100, 105, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 119, 120, 123, 124, 131, 127, 134, 136, 138, 139, 146, 147, 152, 153, 155, 157, 143, 53, 144, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 149 y 154, que se encontraban pendientes por concepto de "Obras para Redes"; y de las facturas Nos. 52, 73, 64, 79, 88, 90, 91, 65, 92, 98, 102, 196, 117, 122, 125, 128, 89, 130, 133, 141, 142, 150, 99, 151, 118, 160, 132 y 140, por los hitos 1º a 8º de la Etapa de Conservación⁵⁸.

- Comunicación del 20 de junio de 2013, en la que el Consorcio solicitó el pago de las siguientes: i) facturas Nos. 46, 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101 y 104, por concepto de "Obras para Redes"; ii) facturas Nos. 93, 100, 105, 109, 110, 111 y 112, por intereses sobre facturas de obras de redes pendientes por pagar; y iii) facturas Nos. 65, 92, 98, 102, 106, 78, 106, 89 y 99, por hitos 2º, 3º, 4º y 5º de la Etapa de Conservación⁵⁹.

- Comunicación radicada el 5 de mayo de 2014, en la que el Consorcio solicitó el pago de las siguientes: i) facturas 46, 143, 53, 144, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 149 y 154, cuyo pago se encontraba pendiente por concepto de "Obras para Redes"; ii) facturas Nos. 93, 100, 105, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 119, 120, 123, 124, 131, 127, 134, 136, 138, 139, 146, 147, 152, 153, 155, 157, 161 y 162, por concepto de intereses sobre el financiamiento de las facturas correspondientes a las obras para redes; y iii) facturas Nos. 52, 73, 79, 88, 90, 91, 65, 92, 98, 102, 106, 78, 108, 117, 122, 125, 129, 89, 130, 133, 141, 142, 150, 99, 151, 110, 160, 165, 132, 184 y 146, por los hitos 1º a 8º de la Etapa de Conservación.

- Comunicación radicada el 30 de julio de 2014, mediante la cual el Consorcio solicitó el pago de las siguientes: i) facturas Nos. 46, 143, 53, 144, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 149 y 154, por el pago pendiente de las "Obras para Redes"; ii) facturas Nos. 93, 100, 105, 109, 110, 111,

⁵⁷ Folios 2083-2086, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁵⁸ Folios 1923 y ss., cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁵⁹ Folios 5871-5874, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

112, 114, 115, 119, 120, 123, 124, 131, 127, 134, 136, 138, 139, 146, 147, 152, 153, 155, 157, 161, 162, 167, 168, 172, 173, 175 y 176 por intereses sobre facturas de obras de redes pendientes por pagar; y iii) facturas Nos. 52, 73, 79, 88, 90, 91, 65, 92, 98, 102, 106, 78, 108, 117, 122, 125, 128, 69, 130, 133, 141, 142, 150, 99, 151, 118, 160, 165, 132, 164, 166, 148, 171 y 178, por los hitos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la Etapa de Conservación⁶⁰.

- Comunicación presentada el 19 de septiembre de 2014, en la que el Consorcio solicitó el pago que se encontraba pendiente de las siguientes facturas por concepto de "Obras para Redes": 46, 143, 53, 144, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 149, 154, 93, 100, 105, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 119, 120, 123, 124, 131, 127, 157, 161, 162, 167, 168, 172, 173, 175, 176, 180, 181, 184 y 185; además se solicitó el pago pendiente de las siguientes facturas correspondientes a la remuneración de los hitos de la Etapa de Conservación: 52, 65, 78, 89, 99, 118, 132 y 148; finalmente, se solicitó el pago de las facturas Nos. 159, 163, 169, 174, 177, 183 y 187, por concepto de los intereses moratorios sobre el pago de los hitos en la Etapa de preconstrucción, construcción y conservación⁶¹.

Las referencias probatorias que anteceden demuestran que el Consorcio reclamó al Municipio el pago de facturas que no habían sido pagadas en forma oportuna y, en algunos casos, los intereses originados en dicha circunstancia. Por lo demás, cabe añadir que no obra en el expediente prueba que acredite que durante la ejecución del contrato o con posterioridad a los cobros del Consorcio, la Convocada haya pagado las facturas que aquel presentó en las fechas establecidas en el cronograma del contrato, amén de que dicha entidad tampoco alegó ni demostró que las fechas de pago fueran diferentes a las aducidas por el Consorcio. Esta materia en concreto no fue objeto de debate ni de objeción por parte del Municipio, al punto que en el dictamen que presentó al contestar la reforma de la demanda, y que fue elaborado por la firma Cabrera & Bedoya, no se cuestionaron las fechas en las que debían realizarse los pagos de la remuneraciones, no se demostró que los mismos debían efectuarse en otras, sino que se cuestionaron otros aspectos que ya fueron analizados en distintos apartes de este laudo. En este orden de ideas, de no ser precisas las que se invocan en la demanda, le correspondía a la Convocada demostrar que las fechas en las que debían materializarse los pagos eran otras, o en su defecto que había pagado las facturas, prueba que no se aportó al plenario, por lo que puede concluirse que el

⁶⁰ Folios 6022-6039, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

⁶¹ Folios 2145-2153, cuaderno de pruebas aportado con la demanda.

Municipio pagó las remuneraciones por fuera de los plazos estipulados en el Contrato de Concesión y en sus modificatorios.

Ahora bien, en relación con el argumento de la convocada relativo a una eventual mutación de la naturaleza jurídica del Contrato, y por ende se pudo haber modificado tácitamente el cronograma de pagos, resulta inane por las siguientes razones:

i) De un lado, como quedó expuesto en capítulo anterior, ya ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado que a la hora de determinar cuál es la tipología contractual celebrada por las partes, carece de importancia su denominación, sino que debe atenderse al contenido de sus cláusulas:

“Lo expuesto conduce a señalar que la naturaleza del vínculo contractual o la identificación del tipo negocial celebrado no constituye una cuestión que dependa, en exclusiva y ni siquiera principalmente, de la denominación que al convenio decidan otorgar las partes, sino que dicha naturaleza o modalidad derivan, fundamentalmente, de la función económico-social que el acto jurídico esté llamado a cumplir o, en otros términos, de los elementos que permiten configurar el tipo contractual del cual se trate; de ahí que el contrato, como forma específica de negocio jurídico, se califique como la más cotidiana y usual forma de disposición de intereses en procura de una función práctica, económica o social y que en consideración a la función o funciones que les corresponda desplegar, el ordenamiento jurídico instituya categorías o tipos de contratos dentro de un esquema fáctico concreto, definitorio de su naturaleza, clase o especie, algunas de ellas reguladas expresamente por el legislador, otras por la sociedad - de suerte que surgen incluso de los usos y de las prácticas sociales- y otras por el tráfico jurídico mismo, diferenciándose así los contratos típicos y nominados de los atípicos y los innominados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia”⁶².

Si bien la forma como se pactó la remuneración del presente contrato podría corresponder también con la de un contrato de obra, ello no guarda relación ni es razón para concluir que se modificó el cronograma de pagos, pues las partes estipularon la remuneración que ya se describió con detalle y a ella debían atenderse ambas partes, sin que pueda ahora sostener el Municipio que por

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de 18 de marzo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 14390.

haberse denominado contrato de concesión, la remuneración debió pagarse en plazos diferentes. Recuérdese que el contrato es ley para las partes e independientemente del nombre que ellas le hayan dado, es el clausulado el que recoge su voluntad y por ende, los plazos para la remuneración eran los convenidos en las cláusulas 13 y 14 y los establecidos en el Otrosí No. 2 y en el Otrosí No. 6.

ii) La segunda razón es que no puede considerarse que un contrato estatal pueda modificarse en forma tácita. Conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 80 de 1993⁶³, es de la esencia de los contratos estatales que deben celebrarse por escrito y como ya se explicó, cualquier modificación que se pretenda realizar sobre su contenido debe hacerse de la misma manera; en otras palabras, no hay modificaciones tácitas en la contratación pública⁶⁴. Por ende, si el Municipio consideraba que era necesario modificar el cronograma de pagos, tal consideración debió pactarse por escrito con el Consorcio; no obstante ello no se hizo, por lo que contrario a lo afirmado por la Convocada, el cronograma de pagos no sufrió alteraciones en sus plazos.

Por lo demás, el Municipio también arguyó al contestar la reforma de la demanda y en sus alegatos, que el retraso en el pago de las actas, se debe a que el Consorcio incurrió primero en un incumplimiento en la entrega de las obras; sin embargo, este argumento también carece de asidero probatorio, en tanto cada una de las actas de verificación presentadas en las diferentes etapas aparecen firmadas por el Municipio sin observación alguna del funcionario encargado o del Interventor del Contrato, lo cual bastaba para que la entidad realizara el pago mediante el traslado de la “Subcuenta de Pagos” a la “Subcuenta Principal”. Es así como, en relación a los requisitos para que se efectuara el pago de la Actas de Verificación en la etapa de construcción, se establece en el inciso 2º de la cláusula 13.1.5.2.:

⁶³ **Artículo 41º.-** *Del Perfeccionamiento del Contrato.* Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

⁶⁴ En palabras del Consejo de Estado:

“(…) la jurisprudencia de esta Sección⁶⁴ ha señalado que constituye presupuesto para el perfeccionamiento de todo contrato regido por el Estatuto de Contratación Estatal, la formalidad del escrito, exigencia consagrada igualmente en los estatutos de contratación pública que antecedieron al actualmente vigente, normas en las cuales se exigía el cumplimiento de varios requisitos que sólo podían satisfacerse si el contrato constaba por escrito. Esta formalidad de la instrumentación escrita para que el correspondiente contrato estatal pueda alcanzar su perfeccionamiento –conviene reiterarlo– la exigen la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994, normativa que en la actualidad rige de manera general la actividad contractual de las entidades estatales.

Así pues, en materia de contratación estatal la exigencia del contrato escrito constituye un requisito **ad substantiam actus**, puesto que sólo podrá surgir al ámbito jurídico en la medida en que las partes efectivamente plasmen por escrito su acuerdo sobre el objeto y sobre la contraprestación, tal y como prevé la ley” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de septiembre de 2013, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 30.683).

“El único requisito para que los traslados de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal sean realizados de acuerdo con el cronograma de traslados a que se refiere el presente numeral, es haberse verificado el cumplimiento por parte del Municipio de los Hitos durante la Etapa de Construcción...”.

La forma de verificar el cumplimiento de los hitos del Contrato, era mediante “Actas Mensuales de Verificación”, que eran suscritas por el Interventor, el funcionario que el Municipio designara para tal fin y el Concesionario, como mecanismo de control de la ejecución de las Obras de Construcción, las Obras para Redes, entre otros ítems del Contrato. Si bien se presentaron algunos retrasos en la etapa de construcción y en la ejecución de las “obras para redes”, los mismos fueron ajenos al contratista y no alteraron el cronograma global del contrato ni la fecha final de terminación del mismo⁶⁵, al punto que en ningún momento el contratista fue objeto de multas o llamados de atención por ese hecho, ni se dio aplicación a lo previsto en las cláusulas 27 y 28 del contrato, alusivas a la imposición de multas y de caducidad, respectivamente. Prueba del cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato por parte del Consorcio, es el Acta de Recibo Final de Obras⁶⁶, suscrita el 23 de abril de 2014 por los señores José Ricardo Monroy Agudelo, —Director del proyecto— y Julio César Beltrán Caballero —Director de Obra— quienes acudieron por parte del Consorcio; Enrique Martínez Arciniegas —Director de Interventoría— y Marcial Quiñones —Subdirector de Interventoría— quienes suscribieron el acta por parte de la Interventoría, mientras que de parte del Municipio, el acta fue suscrita por el ingeniero Omar Jesús Cantillo, quien para la fecha fungía como Secretario de Infraestructura y Valorización Municipal y era el supervisor del Contrato. En este documento, entre otras cosas, se dejó constancia de lo siguiente:

“15. Que durante la Etapa de Construcción y Conservación el contratista ejecutó todas las obras objeto del contrato de concesión, obras adicionales, obras para redes húmedas y secas que fueron aprobadas por EMCALI y las demás obligaciones previstas en el numeral 5.3 del contrato de concesión, cumpliendo todo lo estipulado en los anexos y apéndices del contrato, en especial lo señalado en las especificaciones particulares de

⁶⁵ Así se desprende del testimonio del señor Carlos Mauricio Arango Domínguez, Vicepresidente de Construcciones de Industrias Asfálticas:

“ninguna etapa de desplazó, para constancia existe un acta de terminación de etapa de construcción firmada el 20 de abril de 2012 y la finalización de etapa de conservación o repago, que es la de recibo, firmada el 23 de abril del 2014, ninguna reprogramación implicó mover los hitos o las fechas establecidas en el contrato ni mucho menos cambiar la terminación del contrato”.

⁶⁶ Folios 217 y ss., Tomo de pruebas No. 1, aportado con la demanda.

construcción, parámetros de diseño y especificaciones para redes

(Resaltado del Tribunal).

“16. Que de acuerdo a la cláusula 19 numeral 19.1 del contrato de concesión el contratista elaboró y suscribió las Actas Mensuales de Verificación de las obras ejecutadas en la Etapa de Construcción y en la Etapa de Conservación conforme al numeral 20.1 de la cláusula 20 y el numeral 25.6 procedimiento de Verificación de la cláusula 25.

“17. Que el contratista cumplió con todo lo establecido en las cláusulas 21, 22, 23, 24 y 25 del contrato de concesión No. 4151.1.14.25.004-10 y sus respectivos apéndices.

(...)

“19. Que al finalizar la Etapa de Construcción tal, como lo contempla el contrato, el contratista culminó la totalidad de las obras de construcción en el tiempo establecido de acuerdo a los cronogramas de obras contratadas que para este caso fue estipulado en dieciocho (18) meses, los cuales se cumplieron el 20 de abril de 2012. Se firmó el acta de finalización de la Etapa de Construcción y se inició la Etapa de Conservación o Repago (Resaltado del Tribunal).

(...)

“21. Que las obras para Redes de Servicios Públicos fueron recibidas por EMCALI, cumpliendo con lo estipulado en el contrato y otorgando los paz y salvos correspondientes.

(...)

“23. Que dando cumplimiento a la cláusula 24 en el numeral 24.1 se realizó el acta de verificación y recibo a satisfacción de las obras de construcción y obras para redes.

“24. Que durante la Etapa de Construcción el contratista ejecutó y entregó a satisfacción todas las obras objeto del contrato de concesión y Obras para REDES DE SERVICIOS PÚBLICOS aprobadas por EMCALI, de los proyectos MG-19 Espacio Público de la Ciudadela Educativa Eustaquio Palacios, MG-05.04 Carrera 39 entre calle 1 y Autopista Simón Bolívar y MG-05-03 Autopista Sur Adicional 2 y 3 y las demás obligaciones previstas en el numeral 5.3. del contrato de concesión, cumpliendo todo lo estipulado en los anexos y apéndices del contrato, en especial lo señalado en las especificaciones

particulares de construcción, parámetros de diseño y especificaciones para redes (Apéndice A y Apéndice D) –Resaltado del Tribunal-.

“25. Que durante la Etapa de Conservación, el contratista dio cumplimiento a todo lo ordenado en las condiciones del contrato, en especial realizó el mantenimiento de las obras ejecutadas tal como se muestra en los informes semestrales que se presentaron en el transcurso de dicha etapa.

“28. Que durante la Etapa de Conservación el contratista realizó entregas mensuales de las Actas de Verificación de conservación en cumplimiento a la cláusula No. 25 numeral 25.6 e informes semestrales dando cumplimiento al estado de condición de obras de acuerdo al apéndice D del contrato.

(...)

“Que para dar cumplimiento a la cláusula 25 Numeral 25.9, se suscribe esta Acta de Recibo Final que contiene el documento de verificación de Estado de condición de cada una de las obras donde constata por medio del comparativo de los resultados de los ensayos realizados a las obras entregadas el 20 de abril del 2012 y a las ejecutadas durante la Etapa de Conservación y los resultados de ensayos realizados cada seis meses en la Etapa de Conservación, demostrando el cumplimiento a las obligaciones establecidas en las especificaciones técnicas contempladas en el Apéndice A y D del Contrato.

“33. Que el Municipio de Santiago de Cali, Secretaría de Infraestructura y Valorización recibe al concesionario, a satisfacción de la totalidad de las obras objeto del Contrato de Concesión, relacionadas el inicio del presente documento, teniendo en cuenta y aceptando las consideraciones establecidas anteriormente” (Resaltado del Tribunal).

Lo acordado por las partes en dicho documento relativo a que no hubo falta de aprobación por parte de la Interventoría, ni por parte del Municipio respecto de las obras y actividades ejecutadas por el Concesionario fue confirmado por el testigo Víctor Manuel Bonilla Henao:

“DR. PABÓN: ¿Usted sabe o tiene recuerdo de que haya existido una falta de conformidad técnica por parte de la interventoría en alguna ocasión a alguna de las actas de verificación que eran suscritas para efectos de los pagos a favor del contratista?

SR. BONILLA: No, nunca, siempre y era de conocimiento mío que las actas de verificación fueron todas aprobadas por la Secretaría.

DR. PABÓN: Y por la interventoría.

SR. BONILLA: Inicialmente por la interventoría y luego iba a la Secretaría, previamente requería yo la aprobación de la interventoría y luego la Secretaría.

DR. PABÓN: ¿Nunca hubo un caso de falta de aprobación?

SR. BONILLA: No”⁶⁷.

De igual manera, se destaca que en caso de que el Consorcio incumpliera el cronograma establecido para la ejecución de los hitos en la Etapa de Construcción, el Municipio tenía derecho a retener la remuneración, tal como se había estipulado en los incisos cuarto y quinto de la cláusula 13.1.2., retención que se hacía efectiva mediante el traslado de la remuneración a la que tenía derecho el Contratista a la “Subcuenta de Pagos Retenidos”. Sin embargo, la entidad nunca hizo ejercicio de tal derecho, de donde se infiere que el Contratista no incumplió con la ejecución de los hitos, sino lo que en realidad ocurrió fue que el Municipio se quedó sin recursos para cubrir los pagos del Consorcio y como consecuencia de ello, incurrió en mora. Así se desprende del testimonio del señor José Moreno Barco:

“De acuerdo con el esquema de remuneración los pagos se hicieron religiosamente de acuerdo con los montos hasta el 2011, octubre más o menos del 2011, donde se pagó exactamente lo que decía el contrato. A partir de esa fecha y por razones de caja se empezó a hacer lo que efectivamente se recaudaba y se distribuía entre los 3 concesionarios, de pronto no se avalaba al 100 % sino un porcentaje alto de la obligación y era cuando empezábamos a hacer abonos y

⁶⁷ Folio 011 vto. Cdo. No. 5.

simplemente cuando se tenía el recurso disponible se le cancelaba el saldo”⁶⁸.

De otro lado, también carece de fundamento jurídico y probatorio el argumento de la convocada según el cual las facturas no eran exigibles, toda vez que no habían sido aceptadas expresamente por el municipio, pues el artículo 773 del Código de Comercio —modificado por la ley 1231 de 2008— es claro al señalar que “la factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción”. Por consiguiente, la defensa del Municipio según la cual “las facturas no contienen firmas de aceptación de las obligaciones ni la manifestación de compromiso al pago por parte de mi representado” no puede acogerse en la medida en que el régimen actual de los títulos valores dispone que la factura se considera irrevocablemente aceptada “si no reclamare en contra de su contenido” mediante devolución de la misma o reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor dentro de los 10 días siguientes a la recepción, circunstancias cuya ocurrencia no quedó demostrada en el proceso. Por tales razones, no puede sostenerse que al no haber sido aprobadas las facturas en forma expresa por el Municipio, no vinculan ni contienen obligaciones a cargo de dicha entidad. En el presente caso, el único requisito para el pago de la remuneración era la presentación de las Actas Mensuales de Verificación, que como se aprecia en el acervo probatorio, fueron adosadas con cada factura. Es así como, el señor José Moreno Barco, explicó en la audiencia de testimonios del 17 de mayo de 2016, que una vez se aprobaba el Acta de Verificación que se presentaba con cada factura, debía adelantarse el trámite para el pago de la remuneración, sin que fuera necesario que el Municipio expresara que aceptaba la factura. Véase:

“SR. MORENO: Una vez radicadas por parte del concesionario las facturas, se le adelantaba el trámite para su pago, eso venía acompañado de unas actas de cantidades, unas actas técnicas que soportaban simplemente el monto que estaba facturando, esas facturas lo que se le hacía era su causación a través de contabilidad, se transferían a la tesorería y se procedía a la transferencia del recurso al patrimonio autónomo a la subcuenta de pagos.

⁶⁸ Audiencia de 17 de mayo de 2005.

En ese momento se empezaba o paralelamente se iba haciendo el trámite del acta de verificación del cumplimiento de los hitos del contrato para poder que el Secretario emitiera la instrucción para la transferencia de los recursos de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal del concesionario. En términos generales ese era el trámite que correspondía.

DR. PABÓN: ¿En esos casos había una manifestación de aceptación del Municipio a la factura, en esos casos?

SR. MORENO: En esos casos era el trámite del pago.

DR. PABÓN: El trámite, ¿no había una expresión de aceptación por parte del Municipio?

SR. MORENO: No, simplemente el trámite efectivo del pago”.

En consecuencia, el único requisito que se estableció en el contrato para el pago efectivo de la remuneración, fue que se verificara el cumplimiento de los hitos y de las “Obras para Redes”, requisito que según el dictamen se cumplió en cada caso, al punto que, se insiste, el Consorcio no fue objeto de multas, llamados de atención, ni requerimientos y la entidad suscribió las “Actas Mensuales de Verificación”, sin expresar ninguna inconformidad o reserva expresa por lo que mal puede ahora la Convocada invocar que el Consorcio incumplió con el cronograma del Contrato durante la Etapa de Construcción, pues de haber sido así, debió haber dejado constancia de su inconformidad en la respectiva Acta de Verificación y hacer los reclamos pertinentes, nada de lo cual está acreditado en el expediente.

Por las mismas consideraciones, no resultan fundadas las defensas del Municipio relativas a “que la fecha que se debe tomar para el cómputo de los días de atraso es la fecha posterior entre la fecha de expedición de la factura y la fecha contractual del contrato”, puesto que el Contrato no previó como requisito para el pago la expedición de una factura, sino que los pagos se sujetaron únicamente a la verificación del cumplimiento de los hitos de construcción. Lo anterior debe entenderse, como es natural, sin perjuicio de las obligaciones de índole tributaria que obligan a un contratista a expedir facturas para efectos del pago de su remuneración, pero que no afecta el momento en el que surge el derecho de dicho contratista a percibir la remuneración por los servicios prestados, máxime cuando estos han sido recibidos en forma satisfactoria por la entidad contratante.

Conclusión.

Por las razones expuestas, se declarará que prosperan la pretensión primera principal, la pretensión segunda principal, la pretensión tercera principal. En relación con las pretensiones quinta principal y sexta principal, por tratarse de pretensiones de condena se definirán en acápite posterior de esta providencia.

2.5. LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO EN EL PAGO DE LA REMUNERACIÓN PRINCIPAL EN LAS ETAPAS DE CONSTRUCCIÓN Y DE CONSERVACIÓN. LA TASA DE INTERÉS APLICABLE EN CASOS DE MORA.

Las pretensiones relacionadas con los intereses moratorios correspondientes al retardo en los pagos de la remuneración por las obras en las etapas de obra y de conservación son las siguientes:

“DÉCIMA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la octava y/o novena pretensiones, se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010, o a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., o a INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., los saldos de capital y los intereses moratorios causados, correspondientes al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la remuneración principal en la Etapa de Construcción, a la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, acorde con lo dispuesto en la ley”.

“DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración de la décima segunda y/o décima tercera pretensiones, se condene al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010, o a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., o a INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., los saldos de capital y los intereses moratorios causados, correspondientes a los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la remuneración principal en la Etapa de Conservación, a la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, acorde con lo dispuesto en la ley”.

A su vez, la pretensión octava tiene por objeto que se declare que el Municipio incumplió el Contrato al haber pagado en forma tardía la remuneración principal correspondiente al primer pago y a los hitos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Etapa de

Construcción. Por su parte, la pretensión décima segunda se endereza a que se declare el incumplimiento del Municipio por haber pagado en forma tardía la remuneración principal correspondiente a los pagos trimestrales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Etapa de Conservación.

Por consiguiente, lo que se pretende en estos dos grupos de súplicas es que se declare que el Municipio pagó en forma tardía la remuneración correspondiente a las etapas de construcción y de conservación y que se liquiden los intereses por dicho retardo. No se refieren este grupo de pretensiones al pago de algún saldo o faltante de la remuneración, sino a la oportunidad en que se hicieron tales pagos y a la condena a pagar los intereses a que haya lugar por dicha tardanza.

En relación con los pagos correspondientes a la remuneración durante la **etapa de construcción**, se convino lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en las cláusulas 13.1.3. y 13.1.5 del Contrato, los pagos correspondientes a la etapa de construcción debían hacerse de la siguiente manera: el primer pago por la suma de \$ 27 049 305 000 debía efectuarse el último día del mes en el que se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Hecho ese primer pago, el Municipio debería efectuar al Concesionario, “por el cumplimiento de las obligaciones” en dicha etapa, pagos trimestrales a partir de la fecha en la que se suscribió el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción. Dichos pagos debían hacerse conforme al siguiente cronograma que obra en la cláusula 13.1.5.2.:

Trimestre (desde la Fecha de Inicio de la Etapa de Construcción)	Número de meses contados desde la Fecha de Iniciación	Remuneración Principal (Pesos Corrientes de Cada Mes)
1	8	18.486.887.000
2	11	10.672.324.000
3	14	8.823.635.000
4	17	13.265.755.000
5	20	13.265.755.000

Según la cláusula 13.1.5., los valores correspondientes a estos pagos debían trasladarse de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal, “a más tardar el último Día Hábil del mes” que se señala en el respectivo cronograma.

En la cláusula 13.1.6.2. que disciplina los traslados de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal durante la etapa de construcción, se convino que de llegar a

presentarse un retardo en los pagos de los hitos por causas imputables al Municipio, este reconocería al Contratista “un interés equivalente al DTF + 5 % desde el momento en que debió hacerse el traslado y el momento en que efectivamente se haga”.

Respecto de los pagos de la remuneración en la **etapa de conservación**, se acordó lo siguiente:

Durante esta etapa, que tiene una duración de 24 meses, el Municipio debía efectuar los pagos al Concesionario, conforme al siguiente cronograma, que obra en la cláusula 13.1.5.3:

Trimestre (desde fecha de Inicio de la Etapa de Conservación)	Número de Meses contados desde la Fecha de Iniciación	Remuneración Principal (Pesos Corrientes de Cada Mes)
1	23	11.640.094.000
2	26	11.640.094.000
3	29	11.640.094.000
4	32	11.640.094.000
5	35	5.919.327.000
6	38	5.919.327.000
7	41	5.919.327.000
8	44	5.919.327.000

Conforme a la cláusula 13.1.5., los valores correspondientes a estos pagos debían trasladarse de la Subcuenta de Pagos a la Subcuenta Principal, “a más tardar el último Día Hábil del mes” que se señala en el respectivo cronograma.

En la cláusula 13.1.6.3. se estipuló que en caso de que existan retardos en los traslados de los pagos al Contratista por parte del Municipio, que tengan origen en causas imputables a este último, este reconocerá al Contratista “un interés del DTF + 5 % desde el momento en que debió haberse efectuado el traslado y el momento en que efectivamente se haga”.

En lo que respecta a la remuneración correspondiente a las etapas de construcción y conservación, la convocante reclama capital e intereses de mora sobre las facturas que, reconoce, se pagaron. Por consiguiente lo que se debe resolver es el monto de los intereses que se adeudan y la tasa que debe aplicarse para liquidarlos, en la medida en que el Consorcio aceptó que los pagos se imputarán primero a capital, por lo cual no existen deudas por este concepto. Si bien en las pretensiones bajo examen se solicita al aplicación de “la máxima tasa de mora”, en los hechos de la demanda se liquidan a la tasa de la cláusula 38, esto es el IBC más una tercera parte.

Es así como en el hecho 37 de la demanda, se calculan los intereses correspondientes a los hitos de la etapa de construcción a la tasa de interés de mora de la cláusula 38 del Contrato. De igual manera, en el hecho 43 de la demanda se hace lo propio para los hitos en la etapa de conservación, también a la tasa de interés de mora de la citada cláusula 38.

Aun cuando en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión el Municipio no hizo una manifestación clara ni asertiva con respecto a los intereses que se pretenden, con la experticia que aportó, sostiene que en este punto debe aplicarse la tasa del DTF + 5 %. El experto que tuvo a su cargo dicho trabajo también se refirió al punto en el interrogatorio que absolvió en audiencia de 24 de junio de 2016.

Así por ejemplo, en la respuesta a la pregunta 19 del dictamen de Mauricio Cabrera Galvis presentado con la contestación de la reforma de la demanda, se sostiene que los intereses correspondientes a las obras de construcción y de conservación no son los de la cláusula 38 sino el DTF + 5 % (págs. 59 y 60 de la experticia).

En la declaración del mismo perito Cabrera Galvis, sostuvo:

“Nosotros consideramos, como lo decía, que la fecha para calcular los intereses era cuando se hubiera cumplido todos los requisitos; y los intereses aplicables para la parte de hitos de construcción y conservación no eran los de la cláusula 38, era el IBC más un tercio, sino los debidos específicamente para los hitos de construcción y conservación que era el DTF más cinco que señala la cláusula 13.1.62 que me permito leer, cuando son retrasos del municipio: *“En caso de que exista retrasos en el pago de los hitos a los cuales tiene derecho el concesionario, y dichos retrasos tengan origen y causas imputables al municipio, éste reconocerá al concesionario un interés del DTF más cinco por ciento desde el momento en que debió haberse efectuado el traslado y en el momento en que efectivamente se haga”*. En nuestro dictamen utilizamos esta cláusula y consideramos que la cláusula 38 es una cláusula que se aplica cuando no hay una determinación específica para otros conceptos”.

Sobre este punto, en las alegaciones finales, la convocante sostiene dos cosas, que podrían resultar contradictorias:

- Para desestimar el argumento del Municipio según el cual el pago de estas obras tenían un plazo de gracia de 30 días, la convocante

invoca la cláusula 13.1.5. (que regula los cronogramas de traslados de fondos) y sostiene que dicha estipulación contiene los cronogramas de pagos y, por lo tanto, señala unos plazos determinados que debían observarse (Vd. p. 15 del memorial de 20 de enero de 2016 cuyo asunto es “Traslado contestación de la reforma de la demanda y objeción del juramento estimatorio” y p. 163 Alegaciones de la Convocante).

- En seguida, para desestimar que la tasa de interés correspondiente a estas obras no es del 5 % como se sostiene en el peritaje aportado por el Municipio, la convocante aduce que las cláusulas 13.1.6.2. y 13.1.6.3 (que forman parte de la cláusula 13.1.6. que regula los traslados de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal en cada una de las etapas del contrato) no son aplicables por cuanto a su juicio dicha tasa “está prevista para cuando existe un retardo en el cumplimiento del hito por causas imputables al Municipio”.

Con respecto a la argumentación de la convocante se tiene que la cláusula 13.1.6. regula los traslados de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal, lo que marca el momento en el que los fondos quedan a disposición del Contratista. En otras palabras, dicha estipulación se refiere al pago de la remuneración del Concesionario durante las etapas de preconstrucción (13.1.6.1), construcción (13.1.6.2) y conservación (13.1.6.3). Esta cláusula no regula el incumplimiento del Contratista en la entrega de los hitos sino que —como se indica desde el título mismo— regula la forma de hacer los traslados y los eventos en los que existan retardos en el pago de la remuneración, tanto para la etapa de construcción como para la etapa de conservación. En esos casos, cuando el retardo en el pago al Contratista sea imputable al Municipio, la tasa de interés sería del DTF + 5 %.

Se llama la atención que las estipulaciones contenidas en la cláusula 38 que parecieran ser de aplicación general para todos los pagos relacionados con el contrato, encuentran en la cláusula 13 unos acuerdos especiales para los pagos durante las etapas de construcción y conservación, que prevalecen sobre lo estipulado en la cláusula 38. Así lo reconoce el apoderado de la convocante al afirmar, por ejemplo, que el plazo para todos los pagos de las obligaciones dinerarias de 30 días calendario contenido en el inciso segundo de la cláusula 38, no es aplicable a los pagos dentro de la etapa de construcción y conservación pues en este último caso sería aplicable el contenido expreso de la cláusula 13

que contiene estipulaciones especiales y aplicables para todos los supuestos advertidos dentro de las etapas de construcción y conservación⁶⁹.

Así, bajo esta perspectiva, examinada en su integridad la cláusula 13.1.6. se encuentra que el inciso cuarto de la cláusula 13.1.6.2. se refiere al caso “en que exista retardo en el pago de los **HITOS (Apéndice G)**, a los cuales tiene derecho el **Concesionario**, y dichos retardos tengan origen en causas imputables a **el (sic) Municipio**, este reconocerá al **Concesionario** un interés del DTF + 5 % desde el momento en que debió haberse efectuado el traslado y el momento en que efectivamente se haga”.

Por su parte, el inciso segundo de la cláusula 13.1.6.3. disciplina el caso “en que los retardos en los traslados de los pagos al Concesionario por parte del Municipio tengan origen en causas imputables al Municipio, ésta (sic) reconocerá al Concesionario un interés del **DTF + 5 %** desde el momento en que debió haberse efectuado el traslado y el momento en que efectivamente se haga”.

En seguida, se refieren ambas estipulaciones al caso en que el retardo en los traslados obedezca a causas imputables al Concesionario, situación que no es la que se dio en este evento, pues como se vio, no quedó acreditado que la convocante haya incurrido en incumplimiento, ni tampoco que su conducta diera origen al retardo en los pagos de la remuneración en las etapas de construcción y de conservación. El retardo en esos pagos es una situación que no se dio por causas imputables al Concesionario y antes bien resultó perjudicial para este.

Así las cosas, como quiera que las cláusulas 13.1.6.2 y 13.1.6.3 regulan los eventos en los que el Municipio incurra en retardo en los pagos de la remuneración del Concesionario en las etapas de Construcción y de Conservación, por causas imputables al Municipio y ese es precisamente el evento al que se refieren los grupos 2 y 3 de las pretensiones de la demanda, son estas estipulaciones las que se deben aplicar para efectos de resolver las súplicas bajo examen y, por consiguiente, para liquidar los intereses a que haya lugar, por el retardo en el pago de las obras en las referidas etapas, por causas imputables al Municipio. Por el mismo fundamento según el cual la propia convocante solicita la aplicación de la Cláusula 13 para determinar las fechas en que han debido hacerse los pagos en las etapas de construcción y conservación, la misma estipulación debe también aplicarse en forma integral para calcular los intereses de mora respecto del pago de la remuneración, en tanto dicha estipulación

⁶⁹ Alegatos de Conclusión de la Convocante, Página 165.

contiene disposiciones especiales para el evento de retardo en el pago por causas imputables al Municipio.

En abono de lo que se acaba de concluir puede agregarse que las pretensiones décima y décima cuarta son consecuenciales de las pretensiones octava y décima segunda principales; estas últimas, como se vio, tienen por objeto la declaración de incumplimiento del contrato, “en particular de las cláusulas 7, literal a) y 13”, que se refieren a la obligación del Municipio de pagar la remuneración y a la forma de dicha remuneración, respectivamente. Así las cosas, el incumplimiento que se depreca en las pretensiones que se analizan se refiere a las dos cláusulas citadas, de modo que las pretensiones consecuenciales deben también ajustarse, en lo posible, al marco delimitado por la propia convocante en sus pretensiones de incumplimiento.

El Concesionario invoca en este grupo de pretensiones “la máxima tasa de mora prevista en el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, acorde con lo dispuesto en la ley”, fundamento que transcribe en las pretensiones décima y décima cuarta principales.

Así las cosas, al no haberse pagado en forma oportuna la remuneración por las obras correspondientes a las etapas de construcción y de conservación, la pretensión de incumplimiento ha de resolverse —como lo solicita la convocante— con referencia a las cláusulas 7 y 13. Por consiguiente, en la medida en que la cláusula 13 tiene regulación especial en caso de mora en el pago de la remuneración, en particular en los numerales 13.1.6.2. y 13.1.6.3 que contemplan el evento en que el Municipio incurra en retardo al efectuar los traslados de los fondos a las cuentas de la fiducia, las condenas consecuenciales por la mora se despacharán con apego a dichas estipulaciones, sobre las que —se reitera— se edifican las pretensiones declarativas de incumplimiento.

Bajo esa línea de análisis, puede concluirse que en la medida en que el incumplimiento al que se refieren estas pretensiones se solicita en particular en relación con las cláusulas 7 y 13 y que esta última tiene previsiones para el caso en que el Municipio incurra en mora al efectuar los traslados de los fondos destinados al pago, la liquidación de los intereses que se reclaman en las pretensiones décima y décima segunda debe hacerse a la tasa contemplada en las cláusulas 13.1.6.2. y 13.1.6.3, esto es el DTF + 5 %.

Con arreglo a esta interpretación, para el objeto de estas pretensiones dicha tasa resulta ser la máxima tasa de mora, de suerte que la condena que se imponga

también guarda congruencia con lo que se solicita en las pretensiones décima y décima segunda. Lo anterior es tanto más claro cuanto que estas no señalan una tasa precisa ni invocan una cláusula concreta para liquidar los intereses que se reclaman. Dicho de otro modo, la máxima tasa de interés que resulta aplicable para el retardo en el pago de la remuneración de las obras de construcción y de conservación es aquella que fue expresamente estipulada en las cláusulas 13.1.6.2. y 13.1.6.3, que —se reitera— tienen un carácter especial en relación con la cláusula 38 tantas veces citada.

Conclusión.

Por las razones expuestas, se declarará que prosperan la pretensión octava principal y la pretensión décima segunda principal de la demanda, así como las pretensiones décima y décima cuarta principal de la demanda, cuya cuantificación se hará en acápite posterior de esta providencia. No obstante, es preciso advertir en relación con las pretensiones DÉCIMA PRINCIPAL Y DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL que como se verá más adelante, de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, en especial el dictamen rendido por la firma ÍNTEGRA, no existen pagos pendientes por concepto de capital, por las remuneraciones de las etapas de Construcción y Conservación, y a la fecha, el Municipio sólo adeuda los intereses moratorios derivados del retraso en el pago de esa obligación.

2.6. LA IMPUTACIÓN DE LOS PAGOS. PRETENSIONES CUARTA PRINCIPAL, NOVENA PRINCIPAL Y DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL.

Al contestar la reforma de la demanda, el Municipio manifestó que en ejercicio de los artículos 1654 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, tenía derecho a escoger la deuda a la cual quería imputar el pago, entendiendo que tanto el capital como los intereses eran deudas diferentes, por lo que optó por imputar cada uno de los pagos realizados primero al capital de las sumas adeudadas por concepto de obras para redes, sin que el Concesionario hubiera formulado oposición alguna, silencio que a su juicio se traducía en una aceptación implícita de esa práctica. Para mayor claridad se transcriben los argumentos de la convocada:

“Descendiendo al caso del proceso tenemos que por tratarse cada factura de una obligación independiente y de un derecho propio, el Municipio, haciendo uso de dicha atribución -con las autorizaciones que le dispensan los artículos 1653 (sic) y 881 de los Códigos Civil y Comercial, integrantes de las normas de derecho privado que aplican a

los contratos estatales, -y, como se evidencia en sus soportes de desembolso, canceló las facturas originadas por la ejecución de las obras para redes, al haber imputado la totalidad de los pagos al valor del capital de las mismas, sin que el concesionario hiciera manifestación alguna en contrario, silencio que hace las veces de aceptación implícita.

“Se quiere significar que al haber realizado la imputación de pagos primeramente al capital y no a los intereses, al momento del desembolso se extinguió la obligación principal por incumplimiento y, por ende, la accesoria por concepto de intereses”

De igual forma, la convocada manifestó en sus alegaciones de conclusión que el Consorcio había obrado “por fuera de las estipulaciones legales”, al haber aceptado primero que el Municipio imputara los pagos al capital, para después, súbitamente comenzar a imputar los pagos primero a intereses y luego a capital, pues según el artículo 881 del Código de Comercio, “es del acreedor el derecho de aplicar la atribución del pago cuando quiera que se trate de varias obligaciones vencidas”.

Al respecto, el Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por la convocada tanto en la contestación de la reforma de la demanda, como en sus alegatos carecen de sustento jurídico, como quiera que parten de una interpretación equivocada de los artículos 1654 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, que en su orden disponen:

“ARTÍCULO 1654. IMPUTACIÓN DEL PAGO DE VARIAS DEUDAS.

Si hay diferentes deudas, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero sin el consentimiento del acreedor no podrá preferir la deuda no devengada a la que lo está; y si el deudor no imputa el pago de ninguna en particular, el acreedor podrá hacer la imputación en la carta de pago; y si el deudor lo acepta, no le será lícito reclamar después”.

“ARTÍCULO 881. REGLAS PARA LA IMPUTACIÓN DEL PAGO.

Salvo estipulación en contrario, la imputación del pago se hará conforme a las siguientes reglas:

Si hay diferentes deudas exigibles, sin garantía, puede el deudor imputar el pago a la que elija; pero si una de las deudas exigibles

tuviere garantía real o personal, no podrá el deudor imputar el pago a ésta sin el consentimiento del acreedor.

El acreedor que tenga varios créditos exigibles y garantizados específicamente, podrá imputar el pago al que le ofrezca menos seguridades”.

De conformidad con las normas citadas, ellas se refieren a la existencia de deudas distintas e independientes, de allí que el deudor solo tiene la posibilidad de elegir a cuál de las deudas que tiene pendiente imputa los pagos realizados, cuando las mismas son diferentes y no guardan ninguna relación entre sí. Cosa diferente es que un capital que aún no ha sido pagado produzca intereses de mora, pero en ese caso, no se trata de deudas independientes como lo ha manifestado la convocada, sino de una misma prestación debida, pues los intereses son accesorios al capital, nacen y se causan mientras el pago del capital se encuentre pendiente. En ese orden de ideas, al no tratarse de dos obligaciones diferentes e independientes sino de una sola, vale decir el capital y los intereses, no resultan aplicables al presente asunto los artículos 1554 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, en la medida en que dichas normas regulan una situación diferente a la que es materia de este litigio.

Por el contrario, como quiera que se trata de una misma deuda que la integran el capital y los intereses, que por lo general —y eso ocurre en este caso— se materializa en una o varias facturas, la regla que debe aplicarse es aquella contenida en el artículo 1653 del Código Civil, que dispone:

“ARTÍCULO 1653. IMPUTACIÓN DEL PAGO A INTERESES. Si se deben capital e intereses, el pago se imputará primeramente a los intereses, salvo que el acreedor consienta expresamente que se impute al capital.

Si el acreedor otorga carta de pago del capital sin mencionar los intereses, se presumen éstos pagados”.

Como puede apreciarse, la norma es clara, al señalar que cuando se debe capital e intereses —como ocurre en el caso bajo examen—, el pago se imputa primero a los intereses, salvo que el acreedor acepte en forma expresa que se impute primero a capital. Por consiguiente, en el caso de que se adeuden capital e intereses, no es el deudor quien dispone la imputación del pago, como lo sostiene

la convocada, sino que la regla legal es nítida en señalar que el pago se imputa en primer lugar a intereses, salvo que el acreedor consienta en imputar a capital.

En abono de esta conclusión, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el pago debe imputarse primero a los intereses, como lo indica el artículo 1653 del Código Civil. Así por ejemplo, en sentencia 3 de agosto de 2006, la Sección Tercera manifestó⁷⁰:

“De conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 1653 del C.C., cuando se deben valores por capital e intereses moratorios y se realiza un pago, el mismo debe imputarse primero a intereses y luego a capital.

“Se tiene por tanto que está pendiente de pago el saldo de capital que resulta de imputar el valor cancelado a intereses y luego a capital, conforme lo reclamó el ejecutante en aplicación del artículo 1653 del CC.

“Conviene precisar que no obra prueba en el plenario de que el acreedor contratista hubiese renunciado a la aplicación del referido artículo 1653 del C.C., pues no hay manifestación suya en ese sentido, ni tampoco se aportó la carta de pago o recibo de pago del capital expedida por él, en la que no hubiese mencionado los intereses, para que se presumiera que éstos se pagaron.

“En efecto, la circunstancia de que el contratista hubiese firmado las referidas órdenes de pago elaboradas por la entidad, no permite considerar que las mismas constituyen un recibo de pago del acreedor satisfecho en los términos exigidos por el inciso 2, artículo 1653 para que opere la presunción legal allí prevista”.

Por otra parte, tampoco encuentra fundamento el argumento planteado por la convocada según el cual, en razón a que en un comienzo el Consorcio aceptó que el Municipio imputara el pago primero al capital, se entendía que estaba renunciando de manera implícita a los intereses. Esta forma de imputación del pago que en un comienzo fue aceptado por el Consorcio fue una decisión que adoptó en alguna oportunidad y que según informan las pruebas, obedeció al

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2006, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 18.269. Al respecto también pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, Exp. 12.721 y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de octubre de 2001, Exp. 12.391.

ánimo de mantener buenas relaciones con el Municipio y a la convicción de que este pagaría pronto las facturas que tenía pendientes. Sin embargo, como se concluye del testimonio de la ingeniera Claudia Cecilia Castillo Pico, una vez el Consorcio advirtió que la entidad no daría pronto cumplimiento a su obligación, optó por seguir imputando los pagos primero a intereses:

“En un comienzo del contrato lo que se expresó siempre por los funcionarios del municipio era que estaban consiguiendo las disponibilidades presupuestales para darnos ese pago de los intereses que siempre habíamos conversado; entonces lo que hizo el Concesionario fue que como pensó que eran fechas muy cercanas la verdad es que nosotros iniciamos con la imputación primero a capital, entonces iniciamos con esa imputación a capital dejando lo de los intereses a un lado pensando que sí se iba a dar ese pago muy cercano a la fecha de ese pago de capital, pero al darnos cuenta que pasaba el tiempo y que definitivamente esa posibilidad era cada vez más lejana y que debíamos empezar a hacer reclamaciones se tomó la decisión de empezar a hacer pues esa imputación primero a intereses y luego a capital, se hubiera quedado la plata porque pues eso es una suma importante para el Concesionario”⁷¹.

A partir de esta situación concreta y específica acaecida en un momento de la ejecución del contrato y que fue explicada en dicho testimonio, no puede extenderse —como erradamente lo hace la convocada— que por haber aceptado inicialmente que el Municipio imputara los pagos primero al capital y luego ante la persistencia del incumplimiento, decidiera imputar los pagos primero a intereses, el Consorcio haya obrado “por fuera de las estipulaciones legales”, pues es la misma ley la que dispone que el pago debe hacerse primero a intereses. De allí que, al optar por imputar los pagos realizados por el Municipio primero a intereses, el Consorcio modificó su voluntad y su aceptación respecto de la imputación que originalmente había consentido, de modo que optó por lo que legalmente le estaba permitido.

Al ser indagada sobre ese punto en concreto por parte del apoderado del Municipio, la testigo Castillo Pico precisó:

“Pero lo que yo quise decir en su momento, y es lo que está registrado en los distintos informes fiduciarios en la contabilidad es que a partir de cierto momento nosotros decidimos no seguir con la conducta que traíamos hacia

⁷¹ Folio 025 Cdo. No. 5

atrás de hacer la imputación de capital y dejar los intereses ahí quietos sino ya con lo que nos restaba hacer esa imputación primero a intereses y luego a capital”⁷².

Por otra parte, la voluntad inicialmente expresada por el Consorcio de imputar el pago primero a capital no puede considerarse como una *renuncia tácita* al pago de los intereses, como quiera que para que la imputación del pago se haga primero a capital y luego a intereses, requiere la manifestación expresa del consentimiento por parte del acreedor. Al respecto, ha señalado la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷³:

“El apoderado de la entidad demandada afirmó que las pretensiones de la demanda debían ser negadas, porque en el momento en el que la sociedad actora recibió la suma adeudada no hizo ninguna salvedad o reserva respecto de los intereses moratorios, razón por la cual operó la imputación del pago en los términos previstos en el artículo 1653 del Código Civil.

La Sala no comparte la anterior argumentación, toda vez que la imputación es predicable de aquellos supuestos en los que el deudor debe tanto capital como intereses, de forma tal que el artículo 1653 regula en qué orden debe realizarse el pago. **La norma señala que salvo que el acreedor consienta algo distinto de manera expresa, el pago debe imputarse a los intereses,** pero si éste otorga carta de pago sin hacer mención alguna se presume que éstos han sido cancelados⁷⁴ (Negrillas del Tribunal).

(...) Así, es normal que en los casos enunciados el deudor señale qué paga exactamente y que la ley para asegurar que no se rompa el equilibrio entre las partes consagre que no se pueden dejar pendientes los intereses, puesto que el dinero genera frutos”⁷⁵.

El tratadista Fernando Hinestrosa también sostiene que para que se pueda imputar el pago primero al capital, se requiere el consentimiento del acreedor:

⁷² Folio 028 Cdo. No. 5

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 19.597.

⁷⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Bogotá, Editorial Temis. 2004.

⁷⁵ *Ibidem*.

“(…) En efecto, es de esperar que el deudor, en el acto del pago, diga qué es lo que paga. Otra cosa es que él, por pauta legal, que mira el equilibrio de las partes, no pueda unilateralmente destinar el pago parcial a capital, dejando pendientes los intereses (art. 1654 c.c.), o preferir una deuda no vencida la que ya lo está (art. 1654 c.c.), por lo mismo que de ordinario ‘el dinero fructifica’ y con más veras, de suyo, el dinero atrasado (arts. 1617 c.c. y 883 c.co). En ambas situaciones le es menester el consentimiento del acreedor”⁷⁶.

En el mismo sentido, el profesor José Armando Bonivento Jiménez sostiene que respecto de obligaciones dinerarias, la imputación de lo abonado se realiza primero a intereses y luego a capital, salvo que el acreedor consienta expresamente en que se haga en orden inverso. Así mismo, el autor señala que las reglas contenidas en los artículos 1654 y 1655 del Código Civil operan “dando oportunidad a las manifestaciones de las partes sobre el particular, y regulando el punto de manera supletiva en caso de silencio de ellas”⁷⁷.

En el caso bajo examen, no se advierte en ninguno de los medios de prueba que el Consorcio haya manifestado su renuncia expresa al pago de los intereses a través de carta de pago o de algún otro documento, y se reitera, no tienen aplicación los artículos 1654 del Código Civil y 881 del Código de Comercio, toda vez que capital e intereses no constituyen deudas independientes, sino que los segundos son accesorios del primero y existen por causa de este, por lo que la disposición que resulta aplicable es el artículo 1653 del Código Civil, que señala sin lugar a confusiones, que el pago debe imputarse primero a intereses.

La testigo Claudia Cecilia Castillo Pico explicó la forma cómo se modificaron las facturas, por solicitud del Municipio, sin que ello implicara renuncia a los intereses, en los siguientes términos:

“Sí, desde el momento en que el municipio empezó a expresar su incapacidad de pagar las sumas en los montos totales que estaba establecidos en el contrato, ellos a mediodía (sic, léase ‘a medida’) que iban recogiendo dineros por valorización nos empezaron a solicitar que les expidiéramos nuevas facturas exactamente por el monto que nos iban a cancelar en ese momento y en las fechas cercanas o a la fecha en que ellos iban hacer esos abonos a la deuda que teníamos. Tal vez ahí me

⁷⁶ Fernando Hinestrosa, Tratado de Obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes, Tomo I, 3era. edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 663.

⁷⁷ José Armando Bonivento Jiménez, Obligaciones, Primera Edición, 2017, Editorial Legis, pág 417.

parece importante resaltar que nosotros desde el primer día fuimos muy claros con ellos, y existen oficios también donde se les dijo a ellos mire nosotros expedimos esas facturas pero queremos que quede constancia que nunca estamos, primero aceptando una novación de la deuda como tal ni mucho menos estamos renunciando a los intereses que nosotros tenemos derecho en ese pago tardío que ustedes están ejecutando a favor nuestro”⁷⁸.

Posteriormente, al ser indagada por el Tribunal respecto de una posible aquiescencia tácita del Consorcio en relación con el no pago de los intereses e incluso de una novación de la deuda, la testigo Claudia Cecilia Castillo Pico expresó:

“Pues yo pienso que no es una plena aquiescencia, porque entiendo que eso quiere decir aceptación, yo pienso que no es una aceptación porque yo desde que le estoy elaborando dicha factura para que me puedan dar los recursos que son a los que tengo derecho, les estoy diciendo que en ningún momento existe novación de la deuda y que en ningún momento yo estoy renunciando a esos intereses, considero que no hubo aquiescencia; entonces simplemente pues fue una circunstancia que considero se presentó por la necesidades, por las exigencias que en su momento hizo el municipio para cancelar dichos recursos”⁷⁹.

Así las cosas, no existe ningún elemento de prueba que demuestre el aserto del Municipio según el cual con su conducta, el Consorcio renunció en forma tácita al cobro de intereses. Antes bien, como quedó acreditado, obran pruebas en el sentido contrario, esto es, de que el Consorcio cobró en diversas oportunidades intereses sobre los créditos que tenía el Municipio por concepto de la remuneración.

En consecuencia, se desestimarán los argumentos esgrimidos por la convocada, y en su lugar se declarará que prosperan las pretensiones CUARTA PRINCIPAL, NOVENA PRINCIPAL y DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL de la demanda.

2.7. PRETENSIONES SÉPTIMA PRINCIPAL, DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL Y DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL.

⁷⁸ Folio 022 Cdo. No 5

⁷⁹ Folio 023 Cdo. No. 5.

La parte convocante en las pretensiones SÉPTIMA PRINCIPAL, DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL y DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL solicitó el reconocimiento y pago de intereses sobre los intereses pendientes por las sumas adeudadas por concepto de obras para redes, así como sobre los montos por concepto de la remuneración principal en las etapas de construcción y de conservación.

Conviene recordar que el anatocismo es aquella figura en virtud de la cual, los intereses vencidos producen nuevos intereses. Al respecto cabe señalar que la legislación civil y comercial difieren sobre la posibilidad de percibir intereses sobre intereses. Mientras la primera lo prohíbe por disposición expresa del numeral 3º del artículo 1617 del Código Civil⁸⁰, en el derecho comercial la figura se regula en el artículo 886 del Código de Comercio, que señala:

ARTÍCULO 886. Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.

De acuerdo con la norma citada, es posible percibir intereses sobre los intereses vencidos, bien sea como consecuencia de la presentación de la demanda, o por convenio entre las partes, luego de que acaezca el vencimiento del plazo para cumplir la obligación. En ambos casos, debe cumplirse un requisito adicional: los intereses deben adeudarse con un año de anterioridad al convenio, o a la presentación de la demanda.

Ahora bien, se tiene que la normatividad aplicable al presente caso sería la comercial, con fundamento en los artículos 1⁸¹, 20, 21⁸² y 22⁸³ del Código de Comercio, como quiera que el contratista tiene la calidad de comerciante y se dedica a una actividad definida como comercial por el numeral 15 del artículo 20 del mismo cuerpo normativo⁸⁴. Sin embargo, no hay lugar a reconocer intereses sobre los intereses adeudados por las razones que se explican a continuación:

⁸⁰ **ARTÍCULO 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO.** Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes (...)
3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

⁸¹ **ARTÍCULO 1o.** Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.

⁸² **ARTÍCULO 21.** Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.

⁸³ **ARTÍCULO 22.** Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial.

⁸⁴ **ARTÍCULO 20.** Son mercantiles para todos los efectos legales (...)

15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;

Si bien el Municipio incurrió en incumplimiento en el pago de las remuneraciones de obras para redes y de los hitos de las etapas de construcción y conservación, por cuya mora se han generado intereses, antes de proferirse la presente decisión no existía certeza sobre la existencia de la obligación del Municipio de reconocer dichos intereses ni sobre el monto exacto de los mismos, toda vez que, como quedó visto, el Municipio tenía argumentos para oponerse a la existencia de dicha prestación y, por otra parte, las partes tenían discrepancias sobre la forma de calcular los intereses y las fechas a partir de las cuales comenzaron a generarse, aspectos que, en buena medida, constituyen el núcleo de la disputa que se define con este laudo.

En consecuencia, al no existir certeza plena al momento de presentarse la demanda, sobre la obligación de pagar intereses de mora, ni sobre el monto de tales intereses, estos no pueden generar nuevos réditos, toda vez que solo pueden derivarse de obligaciones ciertas, expresas y exigibles, y la certeza sobre la obligación referida a los intereses solo surge con el presente laudo, por lo que en estricto rigor los intereses por la mora de la entidad comenzarán a producir intereses a partir de la ejecutoria de este laudo, y de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 886 del Código de Comercio. El Consejo de Estado ha sido claro al señalar que cuando no hay certeza sobre la existencia de una obligación y la misma es objeto de controversia y definición en la sentencia, sólo producirá intereses a partir de la firmeza del fallo. Así por ejemplo, en un caso en el que una entidad demandó al contratista por no haberle restituido en el plazo acordado una suma de dinero, y solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre el monto adeudado desde la fecha en que el pago debió realizarse, la Sección Tercera concluyó que, en razón a que solo en la sentencia se había logrado definir que el contratista estaba obligado a restituirle el dinero a la entidad demandante, únicamente a partir de su ejecutoria podían empezar a generarse intereses de mora:

“Así las cosas, dado que el debate del presente proceso recayó justamente sobre la disyuntiva de las partes en relación con la existencia y la suma del valor a restituir por parte del Consorcio Harold A. Muñoz - CON-OBRAS Ltda., a favor del FONADE, la Sala considera que no hay lugar al reconocimiento de intereses de mora en este caso, toda vez que el asunto vino a ser definido en la presente providencia y, por tal razón, la obligación de restituir dichos saldos

solo surge de manera clara, expresa y exigible, a partir de la ejecutoria de la presente providencia”⁸⁵.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado también se ha expresado en el mismo sentido, para manifestar que cuando se solicita el pago de intereses de mora por el cobro indebido de un impuesto, aquellos solo se generan a partir de la ejecutoria de la decisión en la que se determina que el cobro del tributo fue indebido:

“En cuanto a los intereses moratorios, la Sala precisa que de conformidad con el artículo 863 E.T. proceden a partir del vencimiento del plazo para devolver. Sin embargo, también precisa que cuando la autoridad tributaria decide no conceder el derecho a la devolución, la causación de los intereses moratorios ya no dependerá del vencimiento del plazo para devolver sino también, de lo que decida la administración o la jurisdicción, según sea el caso, una vez concluida la controversia, puesto que sólo una decisión administrativa o judicial debidamente ejecutoriada que reconozca el derecho a devolver constituye título o fuente de la obligación para que sea exigible el pago. De manera que, sólo a partir de que la obligación se hace exigible se constituye en mora el deudor y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación”. Por lo anterior, la Sala ordenará al Municipio devolver el impuesto de industria y comercio indebidamente pagado por la demandante (\$154.277.000), con los intereses corrientes sobre esa suma desde el 10 de septiembre de 2007, fecha de notificación de la resolución que rechazó la solicitud de corrección, hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia e intereses moratorios desde el día siguiente a la ejecutoria de este fallo hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación, a la tasa señalada en el artículo 864 del Estatuto Tributario Nacional”⁸⁶.

Pese a que en la sentencia que se acaba de citar, se decidió un tema de orden tributario, el razonamiento planteado por la Sección Cuarta tiene plena aplicación en el caso *sub judice*, en razón a que, aunque es cierto que la administración incurrió en mora en el pago de unas facturas, y su retraso generó intereses de conformidad con la cláusula 38 del contrato, no puede perderse de vista que solo con la expedición de la presente decisión se tiene certeza sobre el monto de los

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 34.025.

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 6 de marzo de 2014, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Exp. 19.484.

mismos, por lo que hasta ahora se constituyen en una obligación clara, expresa y exigible, y en consecuencia, a partir del momento en que este laudo adquiera firmeza, los montos a los que se condene por concepto de intereses generarán intereses de mora en favor del Contratista.

En el mismo sentido, el profesor Fernando Hinestrosa ha señalado:

“En efecto, los preceptos, todos, exigen, como se vio, que se trate de intereses vencidos, devengados, respecto de cuyo pago se encuentre en mora el deudor, lo cual no es dable imaginar de una obligación controvertida, de indispensable deducción jurisdiccional y que sólo viene a definirse en la sentencia, o más propiamente, con la ejecutoria de la sentencia estimatoria de la demanda.

“Cuando la contención versa precisamente sobre la existencia misma de la obligación, al punto de ser menester la decisión judicial que la declare, es evidente que la exigibilidad de dicha obligación solamente ocurre con la firmeza del fallo, que no puede producir efecto retroactivo. De manera que no hay posibilidad de que los intereses a cuyo pago resulte condenado la sentencia sean de mora, es decir, de que aparezcan vencidos desde el surgimiento de una obligación incierta e inexigible, para proceder a la capitalización de ellos, por anualidades, a partir del momento en que la sentencia dice que se han de devengar.

“La justificación y, en últimas, la explicación que se presenta del anatocismo es la necesidad, o mejor, el deseo de conjurar la pérdida que sufriría el acreedor por la ociosidad del dinero producto de los intereses del capital que se le debe. Es decir que por definición, conceptualmente, no podría darse esa prevención respecto de lo que no es exigible. Sólo puede haber capitalización de los intereses que el deudor ha dejado de pagar, siéndole exigibles” (Negrillas del Tribunal)⁸⁷.

Por las razones expuestas, se denegarán las pretensiones SÉPTIMA PRINCIPAL, DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL y DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL de la demanda.

⁸⁷ Fernando Hinestrosa, Tratado de Obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes, Tomo I, 3era. Edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 204-205.

2.8. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. PRETENSIONES DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL Y DÉCIMA SEXTA SUBSIDIARIA.

La liquidación es el procedimiento mediante el cual las partes del contrato realizan el corte de cuentas definitivo, con el objeto de finiquitar lo concerniente al desarrollo de la relación contractual y determinar si existen deudas o actividades pendientes por ejecutar o ajustes por realizar⁸⁸. Según lo establecido en el artículo 60 de la ley 80 de 1993, la liquidación procede en los contratos de tracto sucesivo, en aquellos cuya ejecución se prolongue en el tiempo y en los demás que lo requieran. La norma señala:

“Artículo 60º.- De Su Ocurrencia y Contenido. Modificado por el art. 217, Decreto Nacional 019 de 2012. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

La liquidación a que se refiere el presente artículo no será obligatoria en los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión”.

La liquidación puede ser i) bilateral, cuando las partes logran realizarla de común acuerdo en el plazo pactado en el contrato o en los pliegos de condiciones o a falta de dicho plazo, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la culminación del

⁸⁸ La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la liquidación del contrato es abundante y reiterada. Al respecto, pueden consultarse entre otras, las siguientes providencias: Auto de 14 de septiembre de 2016, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 39.691; Sentencia de 24 de febrero de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 46185; Sentencia de 1 de junio de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz, Exp. 28.959; Sentencia de 9 de octubre de 2014, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Exp. 28.881.

término previsto para la ejecución del objeto contractual; ii) unilateral, cuando vencido el plazo que se acaba de señalar, las partes no se ponen de acuerdo, por lo que le corresponde a la entidad contratante liquidar el contrato mediante acto administrativo; iii) judicial, cuando ni las partes de común acuerdo, ni la entidad de manera unilateral liquidan el contrato y es el juez del contrato quien lo hace en la sentencia o laudo que decide la controversia.

Ahora bien, la parte Convocante solicitó en la demanda, como pretensión principal, “que comoquiera que el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004 aún no ha sido liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se efectúe su liquidación teniendo en cuenta las condenas que se impongan en el laudo arbitral” (Pretensión décima sexta principal).

Al respecto cabe advertir que si bien, en principio cuando el contrato no se ha liquidado lo procedente es realizar la liquidación judicial, ello no siempre es así, toda vez que no en todos los casos el juez cuenta con los elementos ni la información suficientes para efectuarla: por ejemplo, cuánto se adeudan las partes entre sí, si hay otras reclamaciones pendientes entre ellas además de las que se ventilan en el proceso o si es necesario que el contratista extienda las garantías de estabilidad de la obra, entre otros aspectos que son de crucial importancia para realizar un corte de cuentas definitivo y que corresponda a la realidad de la ejecución del contrato⁸⁹. Más que otra etapa en la relación contractual, la liquidación reviste una importancia especial, toda vez que es allí donde las partes definen si existen obligaciones pendientes por ejecutar o saldos pendientes por pagar, amén de que es la oportunidad en la que las partes finiquitan el contrato, razones por las cuales para efectuar dicho corte de cuentas en forma rigurosa, hace falta disponer de todos los elementos que resulten necesarios para asegurar que en ella se plasme la realidad de la ejecución del contrato y el finiquito cierto de las prestaciones a cargo de cada parte.

En el caso concreto, aunque con este laudo resultan determinados los montos que el Municipio debe pagar al Consorcio por los conceptos que se reclaman en la demanda, en particular aquellos atinentes a la remuneración de las “Obras para Redes” y de los intereses por la falta de pago oportuno de la remuneración correspondiente a las Etapas de Construcción y Preconstrucción y de las “Obras para Redes”, el Tribunal no cuenta con todos los elementos para determinar con

⁸⁹ Así por ejemplo, la Sección Tercera se ha abstenido de realizar la liquidación judicial del contrato por las razones que se acaban de explicar en varios casos. Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias: Sentencia de 25 de junio de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), Exp. 34.899; Sentencia de 16 de diciembre de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Exp. 29.908 y Sentencia de 13 de abril de 2016, Exp. Marta Nubia Velásquez Rico, Exp. 43.458.

exactitud si existe alguna otra obligación relacionada con la ejecución del objeto contractual, con las garantías que debe otorgar el contratista, o con algún otro aspecto de relevancia para la ejecución y liquidación del contrato que se encuentre pendiente y que deba contemplarse en dicha liquidación. En este orden de ideas, se estima que son las partes quienes tienen los elementos suficientes para realizar un finiquito integral, completo y definitivo, por lo que no se accederá a la pretensión DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL. En su lugar, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la ley, se ordenará a que las partes procedan a liquidar el Contrato para lo cual deberán tener en cuenta las decisiones contenidas en este laudo así como las demás reglas definidas en la Cláusula 34 del negocio jurídico. Dicho de otro modo, se despachará en forma favorable la pretensión DÉCIMA SEXTA SUBSIDIARIA de la demanda, en la que la Convocante solicitó:

“Que comoquiera que el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 aún no ha sido liquidado ni bilateral, ni unilateralmente, se ordene su liquidación teniendo en cuenta las condenas que se impongan en el laudo arbitral”.

2.9. LIQUIDACIÓN DE LAS CONDENAS.

Para despachar las pretensiones de condena deducidas en la demanda y efectuar las correspondientes liquidaciones, el Tribunal tomará apoyo en algunas conclusiones del dictamen pericial rendido por la firma ÍNTEGRA, cuyas verificaciones no fueron desvirtuadas en el proceso por la experticia que presentó la Convocada para controvertirla —que fue elaborada por la firma CABRERA & BEDOYA—, ni mucho menos por la experticia aportada por la convocante al surtirse la respectiva contradicción.

Ahora bien, antes de determinar las condenas que habrán de imponerse son pertinentes las siguientes precisiones en torno a algunos aspectos que fueron objeto de debate durante el proceso y que inciden en los cálculos que se harán a continuación:

a) En relación con la base de cálculo de los intereses de mora, en el dictamen se tuvo en cuenta el lapso de 360 días, criterio que la Convocada cuestiona, toda vez que a su juicio, debió tenerse como base de cálculo 365 días. Sin embargo, el Tribunal considera que para calcular los intereses moratorios, en principio debería acudirse a lo pactado por las partes en el contrato; sin embargo dicha estipulación no se acordó en este caso, por lo que es necesario aplicar los usos de la costumbre mercantil, que avala cualquiera de los dos criterios y que a su vez

encuentra respaldo en lo previsto en el artículo 6.1.1.1.5 del decreto 2555 de 2010, que dispone:

“2. Reglas para el cálculo de los intereses. En cada emisión, los intereses se calcularán desde el inicio del respectivo período empleando **una cualquiera de las siguientes convenciones:**

“a. 360/360. Corresponde a años de 360 días, de doce (12) meses, con duración de treinta (30) días cada mes.

“b. 365/365. Corresponde a años de 365 días, de doce (12) meses, con la duración mensual calendario que corresponda a cada uno de éstos, excepto para la duración del mes de febrero, que corresponderá a veintiocho (28) días.

“c. Real/real. Corresponde a años de 365 ó 366 días, de doce (12) meses, con la duración mensual calendario que corresponda a cada uno de éstos.

“En ningún caso se podrán emplear convenciones distintas de las anteriormente enunciadas, ni crear nuevas a partir de combinaciones de los factores que correspondan a cada una de éstas, de manera tal que la convención que se emplee sea consistente (...).”

Conforme a la norma citada, se tiene que para calcular los intereses puede emplearse libremente o bien la base de 360 días, o la de 365, por lo que los cálculos efectuados en el dictamen se ajustan a la normatividad.

b) De otro lado, la Convocada arguyó tanto al contestar la reforma de la demanda, como en sus alegaciones de conclusión, que el cálculo de los intereses no debía realizarse sobre el valor bruto de las facturas, sino sobre el valor neto de las mismas, es decir, teniendo en consideración los descuentos que debían realizarse por concepto de contribuciones especiales.

Aunque este aspecto tampoco fue formulado como una excepción propiamente dicha, y pese a que ya fue analizado en acápite anterior, el Tribunal reitera que no le asiste la razón al Municipio, toda vez que los descuentos a los que alude tienen lugar cuando se realiza el pago efectivo de las facturas y no antes, por lo que mientras ello ocurre, se adeuda el valor bruto y es sobre este que debe hacerse el cálculo de los intereses.

Precisado lo anterior, de conformidad con el dictamen rendido por ÍNTEGRA, el Tribunal determinará las condenas que proceden para lo cual tendrá en cuenta los criterios definidos en las consideraciones consignadas en esta providencia al

resolver las pretensiones de la demanda del Consorcio y que se reflejan en las liquidaciones que siguen.

1.1. Pretensiones quinta principal y sexta principal: capital e intereses moratorios de obras para redes inicialmente contratadas y obras para redes adicionales pactadas en el otrosí No. 2 y el otrosí No. 6, en conjunto con el contrato de adición No. 3.

i) Capital pendiente de pago. De conformidad con lo pactado inicialmente en el contrato, así como en el Otrosí No. 2, el otrosí No. 6 y en el otrosí del contrato de adición No. 3, la remuneración de las “Obras para Redes” ascendió a la suma de \$ 56.975.655.150.

Según se indica en el dictamen rendido por ÍNTEGRA, los pagos que el Municipio realizó por concepto de “Obras para Redes” ascendieron a \$ 54.182.284.498.

Véase:

“(…) De conformidad con las pruebas llevadas a cabo, dentro de las que entre otras se comprobó el movimiento registrado en los extractos del patrimonio autónomo No. 4-2-1548, en el que se depositaban los recursos para atender el contrato de concesión No. 4151.1.1.14.26.004-10 y de acuerdo con la certificación entregada por la Fiduciaria de Occidente suscrita por el Vicepresidente de Gestión de Negocios Rocío Londoño el 17 de junio de 2006 (sic), los pagos por concepto de obras para Redes ascendieron a la suma de \$54.182'284.498, cifra que concuerda con lo registrado en el sistema SAP del Municipio”⁹⁰.

De esta suma, el Consorcio imputó \$ 44.312.934.087 al capital de las siguientes facturas: 10, 11, 12, 14, 15, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 34, 35, 38, 41, 43 y 46, como se aprecia en el cuadro de la página 18 del dictamen, que para mayor claridad se transcribe:

⁹⁰ Dictamen pericial rendido por ÍNTEGRA, p. 14.

No. Factura	FECHA DE FACTURA	Valor Factura	Valor Intereses Causados	VR Aplicado a Factura	Saldo Factura	saldo Intereses
10	20/01/2011	625.270.868	20.327.294	625.270.868	0	0
11	20/01/2011	59.666.857	1.939.745	59.666.857	0	0
12	08/02/2011	648.535.574	15.632.286	648.535.574	0	0
14	23/03/2011	1.310.783.073	48.592.152	1.310.783.073	0	0
15	11/04/2011	1.815.159.936	48.064.250	1.815.159.936	0	0
18	11/05/2011	1.474.729.431	9.545.524	1.474.729.431	0	0
19	17/06/2011	63.674.774	3.442.277	63.674.774	0	0
20	17/06/2011	4.259.843.633	227.566.575	4.259.843.633	0	0
24	15/07/2011	2.640.856.211	149.370.418	2.640.856.211	0	0
25	09/08/2011	1.908.546.643	80.888.840	1.908.546.643	0	0
26	09/08/2011	662.533.691	31.116.495	662.533.691	0	0
27	23/09/2011	3.067.346.042	106.409.933	3.067.346.042	0	0
28	12/10/2011	2.196.728.790	67.635.521	2.196.728.790	0	0
34	09/11/2011	39.860.100	931.535	39.860.100	0	0
35	09/11/2011	2.011.829.064	47.016.685	2.011.829.064	0	0
38	05/12/2011	2.719.702.313	46.173.605	2.719.702.313	0	0
41	07/02/2012	1.390.652.540	54.000.685	1.390.652.540	0	0
43	28/02/2012	894.241.843	10.351.974	894.241.843	0	0
46	27/03/2012	1.501.131.709	315.427.971	1.501.131.709	0	0
53	03/05/2012	2.182.138.666	451.108.315	2.070.117.956	112.020.710	4.268.762
62	15/06/2012	2.445.724.316	1.012.399.728	1.573.573.876	872.150.440	33.234.947
64	01/07/2012	1.601.554.738	626.536.036	1.068.206.714	533.348.024	20.324.238
67	17/08/2012	2.194.703.769	788.514.985	1.523.468.782	671.234.987	25.578.683
72	20/09/2012	2.157.766.379	716.138.508	1.551.705.971	606.060.408	23.095.082
74	03/10/2012	3.208.973.340	1.041.889.533	2.305.511.412	903.461.928	34.428.131
80	23/10/2012	5.257.421.271	1.889.517.062	3.525.651.955	1.731.769.316	65.992.356
83	06/12/2012	2.066.590.671	719.145.886	1.403.604.329	662.986.342	25.264.352
84	06/12/2012	2.302.503.424	925.867.739		2.302.503.424	87.741.262
85	11/12/2012	755.581.245	466.364.795		755.581.245	28.792.857
95	02/04/2013	766.742.339	414.372.516		766.742.339	118.217.748
96	02/04/2013	1.131.857.117	611.699.434		1.131.857.117	611.699.434
101	23/04/2013	73.089.823	38.505.043		73.089.823	38.505.043
104	27/05/2013	250.655.539	126.434.501		250.655.539	126.434.501
113	21/06/2013	224.321.825	108.963.310		224.321.825	108.963.310
121	06/08/2013	318.456.413	145.558.104		318.456.413	145.558.104
149	30/01/2014	185.534.945	63.769.122		185.534.945	63.769.122
154	01/03/2014	47.539.289	15.386.750		47.539.289	15.386.750
TOTAL			11.446.605.132	44.312.934.087	12.149.314.114	1.577.254.682

En consecuencia, el saldo pendiente por capital de redes, asciende a la suma de \$ **12.149.314.114**, por el monto insoluto de las facturas Nos. 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 149 y 154, que corresponden a las Actas de Verificación 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 solo fueron pagadas parcialmente), conforme se precisa en el juramento estimatorio de la demanda y en el cuadro que obra a folio 18 del dictamen, que se acaba de transcribir.

Cabe precisar que aunque en la pretensión quinta principal de la demanda se solicitó el pago de los saldos pendientes por concepto de capital correspondientes a las facturas presentadas con las Actas Mensuales de Verificación Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, el acta de ajustes a las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011, en el juramento estimatorio de la propia demanda no se incluyó ni se hizo alusión alguna a los supuestos valores correspondientes a estas actas⁹¹. Tampoco obra prueba de tales montos en el dictamen pericial de ÍNTEGRA, ni en las demás pruebas periciales aportadas al proceso. En consecuencia, no existe ningún sustento del pretendido pago tardío o

⁹¹ En efecto, en el juramento estimatorio sólo se pide el pago del capital insoluto de las facturas presentadas con las Actas de Verificación de Redes números 17 a 36:

“(…) El valor total de las facturas presentadas y no pagadas por el Municipio correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 fueron pagadas solo parcialmente) asciende a 31 de agosto de 2015 a la suma de \$12.149’314.114”. (Folio 44 de la demanda, Negrillas del Tribunal).

de la falta de pago de las referidas actas, razón por la cual no se accederá a esa parte específica de la pretensión.

ii) De los intereses pendientes de pago. La convocante solicita el pago de intereses remuneratorios y moratorios respecto de las obras para redes. Sin embargo, de conformidad con el juramento estimatorio y el dictamen elaborado por ÍNTEGRA, a la fecha no existen saldos pendientes por concepto de intereses remuneratorios, por lo que el Municipio únicamente adeuda intereses de mora, a la tasa equivalente al Interés Bancario Corriente más la tercera parte, como se estipuló en la cláusula 38 del contrato.

Es preciso advertir que, según el juramento estimatorio⁹² y el cuadro que figura a folio 20 del dictamen de ÍNTEGRA, las facturas respecto de las cuales se liquidarán intereses de mora son las Nos. 53, 62, 64, 67, 72, 74, 80, 83, 84, 85, 95, 96, 101, 104, 113, 121, 149, 154, que corresponden a las Actas de Verificación 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 solo fueron pagadas parcialmente), y según se indica en el mismo cuadro del dictamen, que se transcribe a continuación, los intereses de mora por concepto de redes con corte a 31 de agosto de 2015 ascendieron a la suma de \$ 1.577.254.682:

⁹² Folios 45 y 46 de la demanda.

No. FACTURA	FECHA FACTURA	VALOR FACTURA	SALDO FACTURA	FECHA INICIO COBRO INTS CORRIENTES	FECHA COBRO INTS DTF+5	FECHA INICIO COBRO INTS DE MORA	FECHA HASTA QUE SE CALCULAN INTS DE MORA	INTERESES DE MORA PRETENDIDOS	DIAS ADEUDADOS
10	20/01/2011	625.270.868	0			25/02/2011	25/04/2011		0
11	20/01/2011	59.666.857	0			25/02/2011	25/04/2011		0
12	08/02/2011	648.535.574	0			11/03/2011	25/04/2011		0
14	23/03/2011	1.310.783.073	0			24/04/2011	28/06/2011		0
15	11/04/2011	1.815.159.936	0			12/05/2011	28/06/2011		0
18	11/05/2011	1.474.729.431	0			16/06/2011	28/06/2011		0
19	17/06/2011	63.674.774	0			22/07/2011	20/10/2011		0
20	17/06/2011	4.259.843.633	0			22/07/2011	19/10/2011		0
24	15/07/2011	2.640.856.211	0			17/08/2011	18/11/2011		0
25	09/08/2011	1.908.546.643	0			10/09/2011	18/11/2011		0
26	09/08/2011	662.533.691	0	10/09/2011	08/03/2012				0
27	23/09/2011	3.067.346.042	0	28/10/2011	08/03/2012				0
28	12/10/2011	2.196.728.790	0	13/11/2011	08/03/2012				0
34	09/11/2011	39.860.100	0	11/12/2011	08/03/2012				0
35	09/11/2011	2.011.829.064	0	11/12/2011	08/03/2012				0
38	05/12/2011	2.719.702.313	0	05/01/2012	08/03/2012				0
41	07/02/2012	1.390.652.540	0	09/03/2012	30/07/2012				0
43	28/02/2012	894.241.843	0	18/06/2012	30/07/2012				0
46	27/03/2012	1.501.131.709	0	02/05/2013	31/01/2014				0
53	03/05/2012	2.182.138.666	112.020.710	04/06/2012	04/11/2013	04/11/2013	31/08/2015	4.268.762	657
62	15/06/2012	2.445.724.316	872.150.440	21/07/2012	21/12/2013	21/12/2013	31/08/2015	33.234.947	609
64	01/07/2012	1.601.554.738	533.348.024	05/08/2012	05/01/2014	05/01/2014	31/08/2015	20.324.238	595
67	17/08/2012	2.194.703.769	671.234.987	17/09/2012	17/02/2014	17/02/2014	31/08/2015	25.578.683	553
72	20/09/2012	2.157.766.379	606.060.408	21/10/2012	21/03/2014	21/03/2014	31/08/2015	23.095.082	519
74	03/10/2012	3.208.973.340	903.461.928	04/11/2012	04/04/2014	04/04/2014	31/08/2015	34.428.131	506
80	23/10/2012	5.257.421.271	1.731.769.316	30/11/2012	30/04/2014	30/04/2014	31/08/2015	65.992.356	480
83	06/12/2012	2.066.590.671	662.986.342	07/01/2012	07/06/2014	07/06/2014	31/08/2015	25.264.352	443
84	06/12/2012	2.302.503.424	2.302.503.424	12/01/2013	12/06/2014	12/06/2014	31/08/2015	87.741.262	438
85	11/12/2012	755.581.245	755.581.245	11/01/2013	11/01/2013	11/01/2013	31/08/2015	28.792.857	950
95	02/04/2013	766.742.339	766.742.339	04/05/2013	04/05/2013	04/05/2013	31/08/2015	118.217.748	837
96	02/04/2013	1.131.857.117	1.131.857.117	04/05/2013	04/05/2013	04/05/2013	31/08/2015	611.699.434	837
101	23/04/2013	73.089.823	73.089.823	24/05/2013	24/05/2013	24/05/2013	31/08/2015	38.505.043	817
104	27/05/2013	250.655.539	250.655.539	27/06/2013	27/06/2013	27/06/2013	31/08/2015	126.434.501	784
113	21/06/2013	224.321.825	224.321.825	25/07/2013	25/07/2013	25/07/2013	31/08/2015	108.963.310	756
121	06/08/2013	318.456.413	318.456.413	08/09/2013	08/09/2013	08/09/2013	31/08/2015	145.558.104	713
149	30/01/2014	185.534.945	185.534.945	02/03/2013	02/03/2014	02/03/2014	31/08/2015	63.769.122	539
154	01/03/2014	47.539.289	47.539.289	03/04/2013	03/04/2014	03/04/2014	31/08/2015	15.386.750	508
TOTAL								1.577.254.682	

Teniendo en cuenta que la liquidación se efectuó al 31 de agosto de 2015, a continuación se procede a efectuar el cálculo de intereses de mora causados desde el 1º de septiembre de 2015 hasta el 3 de febrero de 2017, cálculos que arrojan como resultado una suma de \$ 4.204.128.123, conforme a la siguiente liquidación:

PERIODO		DIAS	TASA DE INTERES DE MORA	INTERES EFECTIVO DIARIO	VALOR INTERESES
DEL	AL				
01-sep-15	30-sep-15	30	25,68%	0,00064	231.486.333
01-oct-15	31-dic-15	90	25,77%	0,00064	696.715.197
01-ene-16	31-mar-16	90	26,24%	0,00065	707.971.205
01-abr-16	30-jun-16	90	27,39%	0,00067	735.453.535
01-jul-16	30-sep-16	90	28,45%	0,00070	760.797.911
01-oct-16	31-dic-16	90	29,32%	0,00071	781.236.158
01-ene-17	03-feb-17	33	29,79%	0,00072	290.467.783
				TOTAL INTERESES	4.204.128.123

FUENTE: TASA DE INTERES BANCARIO CORRIENTE CERTIFICADO POR LA SUPERFINANCIERA.

Así las cosas, el valor total de los intereses de mora por concepto de obras de redes a la fecha del presente laudo asciende a \$ 5.781.382.805, así:

INTERESES DE MORA SEGÚN DICTAMEN PERICIAL DE INTEGRA S.A.	1.577.254.682
INTERESES DE MORA DESDE SEP 01/2015 HASTA FEB 3 /2017	4.204.128.123
TOTAL INTERESES A FECHA LAUDO ARBITRAL	5.781.382.805

En este punto es pertinente precisar también que si bien en la pretensión quinta principal de la demanda se solicitó el pago de saldos pendientes por concepto de intereses remuneratorios y moratorios, correspondientes a las facturas presentadas con las Actas Mensuales de Verificación Nos. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, el acta de ajustes a las actas 1 a 6 y el acta de estudios y diseños de octubre de 2011, ni en el juramento estimatorio, ni en ninguno de los dictámenes aportados por las partes al proceso, ni en el peritaje elaborado por ÍNTEGRA existe sustento de intereses correspondientes a estas actas⁹³. En este orden de ideas, al no existir ninguna prueba sobre el pago tardío o la falta de pago de las mismas, no se accederá a esa parte de la pretensión.

1.2. Pretensión décima principal: intereses moratorios por el pago tardío de la remuneración en la Etapa de Construcción. En razón a que en un comienzo, el Consorcio aceptó que los pagos realizados por el Municipio por concepto de las Actas de Verificación de los hitos de la Etapa de Construcción se imputaran primero al capital, a la fecha, el Municipio solo adeuda intereses moratorios por el pago tardío de la remuneración de dicha fase y por lo tanto, no habrá condena por concepto de capital. Tales intereses, según se observa en el cuadro que figura en el folio 29 del escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen de ÍNTEGRA, se causaron entre el 1 de noviembre de 2010 y el 24 de septiembre de 2012, por la entrega tardía del primer pago que según el cronograma fijado en el Contrato debía realizarse durante la etapa de construcción, y por el pago tardío de las facturas Nos. 13, 17, 22, 29 y 40.

Como ya se explicó en acápite anterior, los intereses de mora correspondientes a esta etapa se liquidarán con base en la tasa estipulada en el inciso cuarto de la cláusula 13.1.6.2. del Contrato, que equivale al DTF + 5 %. En consecuencia, teniendo como referencia esta tasa, con arreglo al escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen, los intereses de mora durante la Etapa de Construcción, ascienden a la suma de **\$ 1.504.065.649**, cálculo que obra en el cuadro de la página 29 del escrito de aclaraciones al peritaje:

⁹³ En efecto, en el juramento estimatorio sólo se pide el pago del capital insoluto de las facturas presentadas con las Actas de Verificación de Redes números 17 a 36:

“(…) El valor total de las facturas presentadas y no pagadas por el Municipio correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25^a, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 fueron pagadas solo parcialmente) asciende a 31 de agosto de 2015 a la suma de \$12.149’314.114”. (Folio 44 de la demanda, Negrillas del Tribunal).

No. FACTURA	FECHA FACTURA	VALOR FACTURA	FECHA INICIO COBRO INTS DTF+5%	FECHA HASTA QUE SE CALCULAN INTS DTF+5%	INTERESES DTF+5% CALCULADOS	DIAS CALCULADOS
Primer pago	15/10/2010	27.049.305.000	01/11/2010	04/11/2010	18.307.965	3
Hito 1 - Fac. 13	11/02/2011	18.486.887.000	19/02/2011	15/03/2011	100.252.299	26
Hito 2 - Fac. 17	05/05/2011	10.672.324.000	06/05/2011	23/05/2011	42.594.839	17
Hito 3 - Fac. 22	14/07/2011	8.823.635.000	30/07/2011	01/09/2011	68.595.271	31
Hito 4 - Fac. 29	19/10/2011	5.000.000.000	01/11/2011	23/03/2012	189.980.238	142
	19/10/2011	8.265.755.000	01/11/2011	09/05/2012	418.940.717	188
Hito 5 - Fac. 40	23/01/2012	1.967.504.668	01/02/2012	20/06/2012	74.899.083	139
	23/01/2012	3.958.404.801	01/02/2012	13/07/2012	175.812.545	162
	23/01/2012	3.806.675.182	01/02/2012	08/08/2012	195.337.377	187
	23/01/2012	3.462.588.704	01/02/2012	17/09/2012	214.849.301	226
	23/01/2012	70.581.645	01/02/2012	24/09/2012	4.496.015	233
TOTAL					1.504.065.649	

1.3. Pretensión décima cuarta principal: intereses moratorios por el pago tardío de la remuneración en la Etapa de Conservación. En esta fase también ocurrió que en un principio, el Consorcio aceptó que los pagos realizados por el Municipio se imputaran primero al capital, por lo que, a la fecha, la entidad sólo adeuda intereses moratorios por el pago tardío de la remuneración de dicha fase y por lo tanto, no habrá condena por concepto de capital. Estos intereses, según se observa en el cuadro que figura en el folio 30 del escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen de ÍNTEGRA, se causaron entre el 1º de mayo de 2012 y el 15 de septiembre de 2014, por la cancelación tardía del primer pago que según el cronograma fijado en el Contrato debía realizarse durante la etapa de Conservación, y por el pago tardío de las facturas Nos. 52, 65, 78, 89, 99, 118, 132 y 148.

Estos intereses se liquidarán a la tasa del DTF + 5 % estipulada en el inciso segundo de la cláusula 13.1.6.3. del Contrato, conforme a las consideraciones expuestas en capítulo anterior. Así las cosas, al tener como base de cálculo esta tasa, de acuerdo con el escrito de aclaraciones y complementaciones del dictamen, los intereses de mora durante la Etapa de Conservación, ascendieron a la suma de **\$ 4.763.481.771**, conforme se indica en el cuadro de la página 30 del escrito de aclaraciones al peritaje:

No. FACTURA	FECHA FACTURA	VALOR FACTURA	FECHA INICIO COBRO INTS DTF+5%	FECHA HASTA QUE SE CALCULAN INTS DTF+5%	INTERESES CORRIENTES DTF+5% CALCULADOS	DIAS CALCULADOS
52	30/04/2012	3.051.476.363	01/05/2012	02/10/2012	126.835.579	151
	30/04/2012	1.627.441.221	01/05/2012	28/09/2012	65.885.689	147
	30/04/2012	1.437.998.433	01/05/2012	08/11/2012	73.869.153	187
	30/04/2012	2.699.999.999	01/05/2012	01/02/2013	199.496.511	270
	30/04/2012	1.794.598.085	01/05/2012	14/02/2013	138.751.422	283
	30/04/2012	1.028.579.896	01/05/2012	26/03/2013	90.705.997	325
65	31/07/2012	2.642.713.822	01/08/2012	26/03/2013	167.434.359	235
	31/07/2012	2.776.315.736	01/08/2012	30/04/2013	199.281.263	269
	31/07/2012	3.058.248.667	01/08/2012	22/05/2013	235.701.648	291
	31/07/2012	3.162.815.773	01/08/2012	25/06/2013	272.027.453	324
78	31/10/2012	36.862.516	01/11/2012	04/07/2013	2.302.321	243
	31/10/2012	2.409.174.417	01/11/2012	26/07/2013	163.081.581	265
	31/10/2012	2.613.366.522	01/11/2012	29/08/2013	197.551.942	298
	31/10/2012	3.698.295.204	01/11/2012	26/09/2013	303.548.933	325
	31/10/2012	2.882.395.341	01/11/2012	31/10/2013	260.794.382	360
89	31/01/2013	2.541.753.762	01/02/2013	31/10/2013	167.816.301	270
	31/01/2013	2.112.084.939	01/02/2013	01/12/2013	154.628.672	300
	31/01/2013	2.198.646.719	01/02/2013	27/02/2013	174.706.786	326
	31/01/2013	900.023.686	01/02/2013	02/01/2014	72.580.305	331
	31/01/2013	3.887.584.892	01/02/2013	25/02/2014	364.882.235	384
99	30/04/2013	5.919.327.000	01/05/2013	25/02/2014	417.408.807	294
118	31/07/2013	3.158.362.988	01/08/2013	27/03/2014	178.919.829	236
	31/07/2013	55.185.554	01/08/2013	28/03/2014	3.139.237	237
	31/07/2013	2.705.778.457	01/08/2013	05/05/2014	177.421.667	274
132	31/10/2013	1.934.228.901	01/11/2013	05/05/2014	84.949.214	184
	31/10/2013	1.789.971.866	01/11/2013	19/06/2014	97.065.602	228
	31/10/2013	2.195.126.233	01/11/2013	29/05/2014	108.721.883	208
148	31/01/2014	526.912.861	01/02/2014	19/06/2014	17.168.989	138
	31/01/2014	2.085.711.170	01/02/2014	25/07/2014	85.962.317	174
	31/01/2014	1.916.290.569	01/02/2014	12/08/2014	86.820.457	191
	31/01/2014	1.390.412.400	01/02/2014	15/09/2014	74.021.237	224
TOTAL				4.763.481.771		

En síntesis, el Municipio de Santiago de Cali, deberá pagar al Consorcio Infraestructura Cali 2010, en su condición de contratista y al ser parte demandante, las siguientes sumas de dinero, lo que se reflejará en la parte resolutive del presente laudo:

CONDENAS	
Monto	Concepto
\$ 12.149.314.114	Capital de la remuneración de "Obras para Redes"
\$ 5.781.382.805	Intereses derivados de la remuneración insoluta de "Obras para Redes"
\$ 1.504.065.649	Intereses derivados de del pago tardío de la remuneración de la Etapa de Construcción
\$ 4.763.481.771	Intereses derivados de del pago tardío de la remuneración de la Etapa de Conservación
TOTAL	VEINTICUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$ 24.198.244.339).

3. EL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Visto el resultado que se acaba de consignar y el importe de la condena que se impondrá, de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso no hay lugar a pago, ni sanción alguna en la medida en que no se verifican en el presente asunto ninguna de las situaciones previstas en la norma referida, amén de que, por las mismas consideraciones, el juramento estimatorio no resultó ser notoriamente injusto, ilegal, ni mucho menos fraudulento.

4. COSTAS.

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y que solo habrá lugar a dicha condena cuando en el expediente aparezca que se causaron. Así mismo, “en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión” (artículo 365).

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre las costas del proceso, con sujeción a las reglas de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

De conformidad con lo dispuesto en las normas referidas, habida consideración de las pretensiones de la demanda que prosperan y del importe de la condena que se impondrá, se condenará a la Convocada a rembolsar el ochenta por ciento (80 %) de las costas en las que incurrió la Convocante y se señalará como agencias en derecho la suma de \$ 455 684 295, que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa. En cuanto al monto de los honorarios y gastos del tribunal que fueron pagados en su totalidad por la convocante, solo se reconocerá en las costas que se liquidan a continuación el 50 % de dicha suma toda vez que el tribunal, a instancias de la convocante, expidió la certificación a la que se refiere el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 para el cobro ejecutivo de dicho monto.

50 % de los honorarios de los árbitros	\$ 683 526 442
50 % del IVA sobre los honorarios de los árbitros (16 %)	\$ 109 364 230
50 % de los honorarios de la secretaria	\$ 113 921 074
50 % de los honorarios de la Cámara de Comercio de Cali	\$ 113 921 074
50 % del IVA sobre los honorarios de la Cámara de Comercio de Cali (16 %)	\$ 18 227 372
50 % de la partida de gastos	\$ 40 000 000
Agencias en derecho	\$ 455 684 295
TOTAL COSTAS DE LA CONVOCANTE	\$ 1 534 644 487

El Municipio de Santiago de Cali deberá rembolsar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 el 80 % del total de las costas en las que este incurrió, esto es la suma de **\$ 1 227 715 590**.

V. PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre INDUSTRIAS ASFÁLTICAS S.A.S., PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. y CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2.010, como parte Convocante y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, como parte Convocada, administrando justicia por habilitación de las partes en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 Grupo No. 2 (Zona Centro Oriente) suscrito con el CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010, al no pagar en forma completa y oportuna la remuneración correspondiente a la obra ejecutada por concepto de redes.

Segundo.- Declarar que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 al haber pagado en forma tardía las facturas presentadas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes, en los términos precisados en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Declarar que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 al no haber pagado las facturas presentadas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 solo fueron pagadas parcialmente), en los términos precisados en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Declarar que las sumas pagadas por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por concepto de Actas Mensuales de Verificación de Redes se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital.

Quinto.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 la suma de doce mil ciento cuarenta y nueve millones trescientos catorce mil ciento catorce pesos (\$ 12 149 314 114) por concepto del valor de las facturas correspondientes a las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 solo fueron pagadas parcialmente).

Sexto.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores y por las razones expuestas en la parte motiva, condenar al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 la suma de cinco mil setecientos ochenta y un millones trescientos ochenta y dos mil ochocientos cinco pesos (\$5 781 382 805) por concepto de los intereses moratorios causados, a la fecha del presente laudo, correspondientes a las facturas presentadas por las Actas Mensuales de Verificación de Redes números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 25A, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 35 y 36 (las actas 17 a 24 solo fueron pagadas parcialmente).

Séptimo.- Declarar que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 al haber pagado en forma tardía la remuneración principal correspondiente al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la Etapa de Construcción.

Octavo.- Declarar que las sumas pagadas por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por concepto de la remuneración principal en la Etapa de Construcción se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital.

Noveno.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores y por las razones expuestas en la parte motiva, condenar al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 la suma de un mil quinientos cuatro millones sesenta y cinco mil seiscientos cuarenta y nueve pesos (\$1 504 065 649) por concepto de los intereses moratorios causados correspondientes al primer pago y a los hitos números 1, 2, 3, 4 y 5 de la remuneración principal en la Etapa de Construcción.

Décimo.- Declarar que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI incumplió el Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10 al haber pagado en forma tardía la remuneración principal correspondiente a los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la Etapa de Conservación.

Décimo primero.- Declarar que las sumas pagadas por el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por concepto de la remuneración principal en la Etapa de Conservación, se deben tener como un pago parcial o abono, imputables primero a intereses y luego a capital.

Décimo segundo.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores y por las razones expuestas en la parte motiva, condenar al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 la suma de cuatro mil setecientos sesenta y tres millones cuatrocientos ochenta y un mil setecientos setenta y un pesos (\$4 763 481 771) por concepto de los intereses moratorios causados correspondientes a los pagos trimestrales números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de la remuneración principal en la Etapa de Conservación.

Décimo tercero.- Por las razones expuestas en la parte motiva, ordenar que se efectúe la liquidación del Contrato de Concesión No. 4151.1.14.26.004-10, para lo cual deberá tenerse en cuenta, entre otras consideraciones, lo dispuesto en el presente laudo.

Décimo cuarto.- Por las razones expuestas en la parte motiva, desestimar las demás pretensiones de la demanda.

Décimo quinto.- Condenar al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI a pagar al CONSORCIO INFRAESTRUCTURA CALI 2010 la suma de un mil doscientos veintisiete millones setecientos quince mil quinientos noventa pesos (\$ 1 227 715 590) por concepto de costas del proceso.

Décimo sexto.- Disponer que en caso de que el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI no dé cumplimiento al laudo, se causen intereses sobre el monto de la condena, en los términos del artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Décimo séptimo.- Declarar causados los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por lo que se realizará el pago del saldo en poder del presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Décimo octavo.- Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Presidente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Árbitro

ENRIQUE DE JESÚS GIL BOTERO
Árbitro

MARÍA DEL PILAR RAMÍREZ ARIZABALETA
Secretaria