

## INDICE

	<b>Páginas</b>
<b>CAPÍTULO I: ANTECEDENTES</b>	1 - 4
<b>CAPÍTULO II: LA DEMANDA</b>	4 - 10
<b>CAPÍTULO III: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA</b>	10
<b>CAPÍTULO IV: EL ACERVO PROBATORIO</b>	11
<b>CAPITULO V: ALEGATOS DE CONCLUSIÓN</b>	12
<b>CAPITULO VI: ASPECTOS PROCESALES Y PRUEBAS</b>	12 - 16
<b>CAPÍTULO VII: CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL</b>	16 - 56
<b>CAPÍTULO VIII: DECISIÓN</b>	57

Faint, illegible text, possibly bleed-through from the reverse side of the page. The text is too light to transcribe accurately.

**CÁMARA DE COMERCIO DE CALI**

**CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE  
COMPOSICIÓN**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**ÁVILA LTDA, C & C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A Y H&H  
ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES  
INTEGRANTES DEL CONSORCIO MI VALLE.**

**Vs.**

**DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**

**LAUDO ARBITRAL**

**Cali, veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2.014).**

Cumplidas las etapas procesales previstas en las normas que regulan el procedimiento arbitral, como son la Ley 23 de 1.991 y los Decretos 2.279 de 1.989, 2.651 de 1.991 y 1.818 de 1.998, el Tribunal de Arbitramento procede a resolver sobre la controversia suscitada entre las partes y sometida a su decisión.

**CAPÍTULO I**

**ANTECEDENTES**

**1.- SOLICITUD DE CONVOCATORIA E INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL:**

**ÁVILA LTDA, C & C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A Y H&H ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES INTEGRANTES DEL CONSORCIO MI VALLE, en adelante LA CONVOCANTE, a través de apoderado, presentó el 9 de octubre de 2012 demanda arbitral con citación y audiencia del DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, en adelante LA CONVOCADA, con el fin de obtener**

por vía jurídica una serie de declaraciones y consecuentemente condenas en virtud de lo cual se requiere un pronunciamiento positivo.

**ÁVILA LTDA, C & C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A Y H&H ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES INTEGRANTES DEL CONSORCIO MI VALLE**, solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento con fundamento en la Cláusula compromisoria, contenida en la cláusula 34 del Contrato de Concesión N° 003 del 7 de enero de 2010, la cual es del siguiente tenor:

*"Toda controversia o diferencia 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 sujetarán 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 en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Santiago de Cali."*

A su vez, la Cláusula Sexta del Acta de Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión N° 003 de enero de 2010, señala:

*"De conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 34 del Contrato, Cláusula Compromisoria, y por las razones expuestas en el numeral TERCERO del acuerdo, las Partes deciden someter a Tribunal de Arbitramento las diferencias existentes en la liquidación del Contrato de Concesión N° 003 de 2010, y el Consorcio Mi Valle acuerda limitar sus pretensiones a lo expuesto en el considerando número 29 y lo señalado en el artículo tercero de la presente acta."*

## **2.- NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS:**

Como árbitros fueron nombrados los doctores **LUÍS GUILLERMO DAVILA VINUEZA, EDMUNDO DEL CASTILLO RESTREPO, y RICARDO HOYOS DUQUE.**

## **3.- INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL, NOTIFICACIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA:**

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 16 de abril de 2013. En la misma audiencia se determinó fijar como lugar de funcionamiento del Tribunal y de la Secretaría del mismo las dependencias del Centro Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de esta ciudad de Cali.

La demanda fue admitida en la misma audiencia de instalación y la parte convocada, oportunamente contestó la demanda. La demanda fue reformada, la cual fue oportunamente contestada por Convocada.

El Ministerio Público fue citado al proceso, y estuvo representado por el doctor **VICTOR ALBERTO MAYA GARZÓN**, Procurador 165 II Judicial Administrativo. La **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO**, a pesar de que se le comunicó la existencia del proceso, no participó en el mismo.

## **4.- AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:**

Luego de surtido por Secretaría el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la reforma de la demanda, el Tribunal fijó fecha para Audiencia de Conciliación, la cual fue declarada fracasada.

## **5.-FIJACIÓN DE GASTOS Y HONORARIOS:**

Al declararse fracasada la audiencia de conciliación, se fijaron los gastos y honorarios, los cuales fueron consignados oportunamente y en su totalidad por la parte convocante.

#### **6.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE:**

Se llevó a cabo el 2 de septiembre de 2013. En ella el Tribunal se declaró competente y consecuentemente decretó las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes.

#### **7.- TÉRMINO DEL PROCESO:**

Al no señalar las partes el término del proceso, su duración conforme con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1.993 es de seis (6) meses, a partir de la primera audiencia de trámite la cual tuvo lugar el 2 de septiembre de 2.013, término que vencería el 2 de marzo de 2.014. Sin embargo, por solicitud de común acuerdo de los apoderados de las partes el proceso se suspendió desde el 3 de septiembre de 2013 hasta el 22 de septiembre de 2013, ambas fechas inclusive; del 24 de septiembre de 2013 al 16 de octubre de 2013, ambas fechas inclusive; del 18 de octubre de 2013 al 11 de noviembre de 2013, ambas fechas inclusive; del 13 de diciembre de 2013 al 14 de enero de 2014, ambas fechas inclusive; del 8 de febrero de 2014 hasta el 10 de marzo de 2014, ambas fechas inclusive; y del 12 de marzo de 2014 hasta el 28 de abril de 2014, ambas fechas inclusive. En consecuencia, al término inicial debe sumarse el tiempo durante el cual el proceso estuvo suspendido, lo que nos lleva a concluir que el término del presente proceso arbitral vencería el día 29 de agosto de 2.014.

## **CAPÍTULO II**

### **LA DEMANDA**

#### **RESUMEN DE LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA**

El 22 de mayo de 2013, el apoderado de la parte convocante reformó e integró la demanda en un solo escrito, la que a continuación se sintetiza:

- Mediante Ordenanza No. 280 de 2009, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca autorizó al Gobernador para asumir

compromiso con cargo a vigencias fiscales futuras excepcionales, para desarrollar obras de infraestructura.

- El 2 de junio de 2009 se suscribió el Contrato de Consultoría No. 460 entre el Departamento del Valle del Cauca y el Consorcio Desarrollo Valle del Cauca.
- Mediante la Resolución No. 391 del 15 de octubre de 2009, el Departamento ordenó la apertura de la Licitación Pública No. LP-SHCP-003-2009.
- El Departamento del Valle, mediante Resolución No. 003 del 18 de diciembre de 2009, adjudicó al Consorcio Mi Valle el Contrato de Concesión objeto de la Licitación Pública No. LP-SHCP-003-2009.
- El Departamento del Valle del Cauca y el Consorcio Mi Valle suscribieron el Contrato de Concesión No. 0003 el 7 de enero de 2010.
- El 3 de febrero de 2010 la sociedad Avila Ltda presentó al Consorcio Mi Valle, Oferta Mercantil Irrevocable No 01 de 2010, la cual fue aceptada el 17 de febrero de 2010, mediante orden de servicio No G-17-02-10-01.
- El 8 de febrero de 2010, se suscribió entre las partes el acta de inicio de ejecución del Contrato, dando así mismo inicio a la etapa de preconstrucción.
- El 19 de febrero de 2010 el Consorcio Mi Valle y el subcontratista de diseño Avila Ltda., firmaron acta de iniciación de trabajos de la Oferta Mercantil No 01 de 2010.
- Mediante oficio No G- 08-07-10-002, del 8 de julio de 2010, el Consorcio Mi Valle presentó al Departamento los anteproyectos de los Diseños Arquitectónicos y/o diseños arquitectónicos.
- El 6 de agosto de 2010, el Consorcio Mi Valle, solicitó la suspensión del contrato; y el 20 de agosto de 2010, el Consorcio Mi

Valle solicitó al Departamento la entrega de los predios necesarios para la ejecución del contrato.

- El 20 de septiembre de 2010, el Departamento rechazó solicitud de suspensión del contrato realizada por el Consorcio Mi Valle.
- Las partes suscribieron varios acuerdos, en cuya virtud la Etapa de Preconstrucción se estableció en nueve (9) meses contados desde el Acta de Inicio.
- El 10 de noviembre de 2010, el Departamento del Valle del Cauca realizó un aporte por valor de NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL SESENTA PESOS M/CTE (\$948.672.060) a la subcuenta de pagos del FIDEICOMISO MI VALLE (Encargo Fiduciario No 01-27); no obstante el Consorcio Mi Valle no pudo hacer uso de dichos recursos porque no se ordenó el traslado a la subcuenta.
- Entre las partes contratantes se suscribió el 2 de diciembre de 2010 un acta en la que acordaron la suspensión del plazo de ejecución del contrato. Dicha suspensión fue prorrogada sucesivamente hasta el 2 de diciembre de 2011.
- Durante la suspensión del Contrato de Concesión No 0003 de 2010 se adelantaron mesas de trabajo para analizar la posibilidad de terminar y liquidar el Contrato de Concesión.
- El Consorcio Mi Valle, en razón a los argumentos expuestos por la entidad contratante en las reuniones señaladas, aclaró varios aspectos y solicitó que en la liquidación del Contrato se le reconocieran y pagaran todos los gastos contractuales en que incurrió.
- El 22 de noviembre de 2011, el Departamento del Valle del Cauca dio por terminado el contrato suscrito con el Consorcio Interventoría por Un Nuevo Valle, interventor del Contrato de Concesión No 0003 de 2010.



- El 22 de diciembre de 2011 se suscribió el acta de terminación y de liquidación del Contrato de Concesión No 003 de 2010, en la cual el Departamento del Valle del Cauca, reconoció varias sumas de dinero por estudios, fondo interventoría, gastos administrativos y utilidad.
- Los pagos reconocidos en dicha acta no compensaron todos los daños, perjuicios y gastos en que incurrió el Consorcio mientras estuvo vigente el contrato, motivo por el cual se presentó la Demanda que da lugar al presente proceso arbitral.

### **PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA**

A continuación se transcriben las pretensiones de la Demanda:

#### **"A. DECLARATIVAS**

**PRIMERA:** *Que se declare que el contrato se terminó por causas no imputables al contratista, Consorcio Mi Valle.*

**SEGUNDA:** *Que se declare que el Departamento del Valle del Cauca incumplió gravemente sus obligaciones al no poner a disposición del Consorcio Mi Valle de forma oportuna los predios donde se construirían las obras objeto del contrato de concesión No. 003 de 2009 y por no dar la orden para trasladar los aportes que le correspondían de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal del Fideicomiso Mi Valle que administraba los recursos del proyecto, de conformidad con la cláusula 13, numerales 13.1.1 y 13.4 del Contrato de Concesión No 003 de 2009.*

**TERCERA :** *Que se declare la nulidad del acta de terminación y liquidación del Contrato de Concesión No 003 de 2010, suscrita el 22 de diciembre de 2011, debido a la ausencia de causa jurídica para concurrir a dicha suscripción en cabeza del Consorcio Mi Valle, y por no haber concurrido a su suscripción todos los legitimados para el efecto, a saber: el estructurador del proceso Consorcio Desarrollo del Valle del Cauca, de conformidad con el Contrato de Consultoría No 460 de 2009, y el*

*interventor Consorcio Interventoría por un Nuevo Valle, de conformidad con el contrato de interventoría No 0421 de 2010.*

**CUARTA:** *Que se declare que el Consorcio Mi Valle no ha sido remunerado ni compensado por los gastos en que incurrió y las erogaciones que realizó para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo durante la vigencia del Contrato de Concesión No 003 de 2009.*

**QUINTA:** *Que se declare la ineficacia de la cláusula 32 del Contrato de Concesión No 0003 de 2010, por contener objeto ilícito al ser pactada contra expresa prohibición legal.*

**PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARÍA A LA PRETENSIÓN QUINTA DECLARATIVA**

*Que se declare la nulidad o inexistencia de la cláusula 32 del Contrato de Concesión No 0003 de 2010, por contener objeto ilícito, al ser pactada contra expresa prohibición legal.*

**PRETENSIÓN SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN QUINTA DECLARATIVA**

*Que se declare la inaplicabilidad de la fórmula contenida en la cláusula 32 del Contrato de Concesión No 0003 de 2010, por no contemplar todos los factores que incidían directamente en la economía del contrato durante la etapa de preconstrucción, etapa en la cual se terminó el precitado contrato, y por ende, no cumple con su pretensión indemnizatoria.*

**B. CONDENATORIAS**

**1.-** *Que se ordene reintegrar al contratista las sumas descontadas del valor total de la liquidación contenida en el artículo segundo del acta de terminación y liquidación del 22 de diciembre de 2011, dado que el pago realizado con fundamento en dicho documento corresponde a un reembolso de los gastos en que incurrió el Concesionario durante la vigencia del contrato y no corresponde a una contraprestación económica, los cuales se estiman en un total de CIENTO SESENTA Y CINCO*

MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$ 165.425.444).

2.- Que se ordene resarcir el perjuicio causado al contratista por la no ejecución del contrato por razones no imputables a éste, valorados en la suma de SEIS MIL MILLONES DE PESOS M/CTE (\$6.000.000.000), resultantes de la utilidad estimada por el contratista [5% del valor total de la inversión o de la construcción que el contratista considera corresponde a la suma de CIENTO VEINTE MIL MILLONES DE PESOS (\$120.000.000.000)] o la que en su defecto establezca el perito de acuerdo con la solicitud probatoria contenida en literal B del acápite correspondiente a la solicitud de pruebas.

3.- Que se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar, compensar o reintegrar al Consorcio Mi Valle por concepto de la pretensión declarativa número cuatro, las siguientes sumas:

3.1 Por concepto de Diseño la diferencia que exista entre lo que el perito determine como valor del anteproyecto y/o diseños arquitectónicos entregados por el Consorcio Mi Valle, y lo que efectivamente pago el Departamento del Valle del Cauca al momento de terminar el contrato de concesión No 003 de 2009, que estima el Consorcio Mi Valle en la suma de MIL NOVECIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$1.908.536.942).

3.2 Por Comisión de Éxito: MIL SEISCIENTOS CUATRO MILLONES CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTE Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$1.604.042.729.00), correspondiente al 40% de la Comisión de Éxito prevista a favor del estructurador del proyecto, Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, en la cláusula 40 del Contrato de Concesión No 003 de 2010.

4.- Que se ordene la actualización sobre las sumas de dinero pretendidas, respecto de las cuales proceda, utilizando para ello cualquier criterio técnico de corrección aplicable al caso.

5.- Se ordene el reconocimiento de los intereses moratorios sobre las sumas de dinero respecto de las que proceda, tomando como base las tasas vigentes desde el momento de su exigibilidad, es decir desde la firma del acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No 003 de 2010, es decir, a partir del 22 de diciembre de 2011, hasta el momento de su pago efectivo por parte de la convocada.

6.- Se condene a la entidad territorial convocada al pago de los gastos y costas que demande la integración y funcionamiento del Tribunal de Arbitramento".

### CAPÍTULO III

#### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

##### **RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA REFORMADA E INTEGRADA.**

El 30 de mayo de 2013, el apoderado de la parte convocada presentó contestación de la demanda reformada e integrada. En frente de los hechos de la demanda, la parte convocada manifestó ser ciertos los números 1 al 26, 28 al 31, 33 al 39, 41 al 43, 45 y 46, 48 al 54, 56 al 57, 60 al 62, 64 al 66, 68 al 73; los hechos 40 y 59 señaló ser parcialmente ciertos; mientras que en relación con los hechos 44 y 67, indicó no ser ciertos. Sobre los demás hechos, manifestó que no le constaban.

Así mismo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones declarativas, subsidiarias y condenatorias y propuso como excepciones las que denominó: *"De la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda"; "La Cláusula Compromisoria fue modificada de mutuo acuerdo en el Acta de Terminación y Liquidación del 22 de diciembre del año 2011."; "El Tribunal Arbitral no puede pronunciarse sobre la PRETENSIÓN QUINTA DECLARATIVA –y sus SUBSIDIARIAS-, por existir cosa juzgada material, por virtud del acuerdo transaccional contenido es el Acta de Terminación y Liquidación del 22 de diciembre de 2011."*

## CAPÍTULO IV

### EL ACERVO PROBATORIO

#### 1.- PRUEBAS DOCUMENTALES:

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

#### 2.- TESTIMONIOS:

Se decretaron y practicaron los testimonios de los señores Jaime Fals Martínez, Víctor Hugo Vallejo, Omar Jesús Cantillo Perdomo, Mauricio Cabrera Gálviz y Diana Villegas Loaiza. Se aceptó el desistimiento de Maria Claudia Villegas.

#### 3.- PERITAZGOS:

Por solicitud de la parte convocante se decretaron sendos dictámenes periciales a cargo de los señores Julio Ernesto Villareal Navarro y Gustavo Perry Torres.

#### 4.- PRUEBA TRASLADADA:

Por solicitud de la parte convocante se solicitó y practicó una prueba trasladada mediante oficio a la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.

#### 5.- OFICIOS:

Por solicitud de la parte convocante se libraron y respondieron oficios dirigidos a la Gobernación del Valle del Cauca y a la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública.

## CAPITULO V

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos verbales y expusieron sus argumentos para sustentar sus respectivas pretensiones. Igualmente presentaron un resumen escrito de los mismos.

## CAPITULO VI

### ASPECTOS PROCESALES Y PRUEBAS

#### **1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL:**

En la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal resolvió lo atinente a su propia competencia y determinó la capacidad procesal de las partes para concurrir al proceso.

#### **2. LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.**

El Tribunal valora las pruebas decretadas y practicadas conforme con lo establecido en el Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor: *"las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El Juez expondrá siempre razonablemente el mérito que le asigne a cada prueba"*. Norma interpretada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Carlos Esteban Jaramillo en Sentencia de mayo 05/98, expediente 495, en la cual se precisó: *"Las autoridades judiciales deben examinar y aquilatar según las reglas de la sana crítica la totalidad de las pruebas rendidas siempre que sean conducentes y tengan en verdad la importancia necesaria para ser valoradas individualmente acerca de la justicia del fallo proferido y, de su estudio comparativo, fijar en términos procesales los hechos que han de servirle de fundamento."*

Además, el Tribunal considera importante resaltar que los medios probatorios fueron allegados al proceso dentro de los términos establecidos; que se efectuó el traslado de los mismos para garantizar el derecho de contradicción y defensa de las partes y que se garantizó el debido proceso en las pruebas ordenadas de oficio. Además, ninguno de los medios probatorios utilizados fue objeto de tacha por las partes.

### **3.- ANALISIS DE LA OBJECIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN FINANCIERO DE JULIO VILLAREAL.**

A continuación el Tribunal se pronunciará respecto a la objeción por error grave interpuesta por el apoderado de la parte convocada frente al dictamen financiero allegado al proceso arbitral.

Son cinco errores los que el apoderado de la parte convocada endilga al dictamen financiero, respecto de los cuales el Tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

- **PRIMER ERROR. NO DEFINICIÓN DEL MONTO DE INVERSIÓN REALIZADA**

La Convocada comenta que no es aceptable el hecho que el Perito haya establecido que la labor de determinar el monto de inversión no le corresponda a él y dice *"(...) cuando a un Perito financiero se le solicita cuantificar unos valores para la determinación de unos eventuales perjuicios, debe dar una respuesta precisa y clara con la información que tenga a su alcance, o abstenerse de responder si dicha información no fuera suficiente."*

Frente a lo anterior el Tribunal no encuentra configurado el error, puesto que el Perito, presentó sus cálculos estimando no sólo la perspectiva financiera sino los otros rubros que pueden ser considerados como inversión por fuera de la perspectiva financiera, como valor estimado de las inversiones utilizando la información que tenía a su disposición. En ningún aparte el Perito afirma que dicha definición sea la única asociada al término de inversión.

- **SEGUNDO ERROR: CALCULAR LA UTILIDAD SOBRE LOS COSTOS FINANCIEROS Y LA UTILIDAD**

La parte convocada en esta sección afirma que el "*Valor estimado del Contrato*" incluye, tanto la utilidad que esperaba recibir el consorcio, como el "*Valor de la financiación destinada a la ejecución de las obras Objeto del Contrato*".

El Tribunal tampoco considera que se ha configura error grave si se observa que en el dictamen y sus aclaraciones, el Perito dejó claro que los valores utilizados pueden no corresponder a la inversión realizada por el consorcio, pero que los tomó como referencia pues fue la única información a la que tuvo acceso para replicar la metodología de aproximación por medio del costo de oportunidad de la rentabilidad que hipotéticamente esperaba el concesionario. Igualmente, debe tenerse en cuenta que los cálculos del Perito son una metodología que busca aproximar el valor justo de rentabilidad esperada, como medio para ilustrar al Tribunal el concepto de rentabilidad.

Finalmente, en referencia a lo que menciona la parte sobre el "*Valor de la financiación destinada a la ejecución de obras objeto del Contrato*", se debe tener en cuenta que el perito analizó la información suministrada y disponible y no encontró cuáles rubros incorporan dicho valor de financiación y a quién corresponde dicho rubro, por lo que el Perito, con el fin de no hacer interpretaciones de dicha cláusula, lo incorporó como un posible valor de inversión.

- **TERCER ERROR: IGNORAR EL MONTO DE CRÉDITO PROGRAMADO PARA EL PROYECTO Y OTROS RECURSOS EXTERNOS**

El Tribunal entiende que el perito tomó al Consorcio como una institución creada por un grupo de personas para la realización de un proyecto que puede fondear su actividad tanto con recursos propios como con recursos obtenidos vía deuda. Por lo anterior, en la ejecución de la metodología alternativa propuesta por el Perito, se evalúa la rentabilidad



dejada de percibir no solo por los integrantes del consorcio, sino por todo el conjunto de fuentes de financiación como tal.

- CUARTO ERROR: IGNORAR LOS PAGOS REALIZADOS POR EL DEPARTAMENTO DEL VALLE

Señala el apoderado objetante que el peritazgo ignora los pagos realizados por el Departamento del Valle para el cálculo de la utilidad dejada de percibir. En el peritaje y en las aclaraciones respectivas, el perito señala que lo que hace es una aproximación de valores. De igual manera es importante señalar que el Perito efectuó los cálculos con la información suministrada por las partes, teniendo en cuenta que la estructura del modelo no se conoció y no fue entregada para la realización del análisis y que a pesar de la debida diligencia, no fue entregado a disposición del Perito por la parte convocada.

Finalmente, no se debe olvidar, que la metodología propuesta por el Perito consiste en una aproximación que parte de la información que se tuvo disponible. Al ser una aproximación, que no utiliza toda la información relevante del consorcio, debido a que no se tuvo acceso a ella, es probable que se dejen variables por fuera que no permitan retornar un resultado exacto, pero que puede dar una idea general del valor buscado, que intenta reconocer la rentabilidad justa, por medio de la estimación del costo de oportunidad.

- QUINTO ERROR: VALIDEZ DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA.

Señala el objetante que los cálculos realizados por el Perito como aproximación técnica no son válidos debido a que la información suministrada del modelo financiero no era la apropiada para llevar a cabo un cálculo robusto.

El Perito efectuó los cálculos indicando una aproximación de la *"utilidad dejada de percibir por el Consorcio"* por la no ejecución del contrato de concesión, basado en la información recibida por las partes, luego de ser solicitada tanto al consorcio Mi Valle como al Departamento del Valle del

Cauca. Es de destacar que, este último no entregó el modelo de estructuración.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal no encuentra probada ninguna de las objeciones incoadas por la parte convocada y por ende las declarará imprósperas.

## CAPITULO VII

### CONSIDERACIONES GENERALES DEL TRIBUNAL

#### 1. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Antes de proceder a examinar las pretensiones de la demanda y decidir sobre las excepciones formuladas por la convocante, como quiera que el contrato de concesión No. 0003 del 7 de enero de 2010, suscrito entre las partes, fue terminado y liquidado mediante acta suscrita el 22 de diciembre de 2011, considera el tribunal que debe definir cuáles son los efectos jurídicos de ese acuerdo de voluntades sobre su competencia, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Una vez el contrato estatal finaliza por cualquier causa –vencimiento del plazo, ejecución del objeto contractual, terminación unilateral, caducidad, mutuo acuerdo, etc.-, este debe ser liquidado de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>, el cual dispone que *"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"* que, en principio, debe llevarse a cabo de común acuerdo entre las partes, mediante la suscripción de la respectiva acta bilateral y de no ser posible tal acuerdo, le corresponderá a la entidad proceder a liquidar el contrato en forma unilateral, a través de un acto administrativo.

La liquidación es el balance entre las prestaciones que debe suministrar el contratista y las sumas que ha recibido o debe recibir, a fin de determinar

---

<sup>1</sup> Esta norma fue parcialmente derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 y modificada por el artículo 217 del Decreto 019 de 2012.

quién debe a quien y cuánto. Por este motivo, establece la Ley que allí deben acordarse los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar, así como los acuerdos, transacciones y conciliaciones a que llegaren las partes, para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Esa actuación, que se lleva a cabo una vez se termina el contrato, tiene como finalidad efectuar un corte de cuentas, para establecer el resultado final de la ejecución contractual, desde el punto de vista de las prestaciones y el cumplimiento del objeto, así como desde la perspectiva económica del negocio jurídico, para verificar cuáles son los valores pactados en el contrato, cuáles las cantidades efectivamente pagadas al contratista y cuáles aquellas sumas pendientes de pago. Se trata, en últimas, de establecer quién le debe a quién y cuánto, siendo éste el momento en el que las partes pueden llegar a arreglos, acuerdos, transacciones y conciliaciones, sobre sus mutuas reclamaciones.

El art. 11 de la ley 1150 de 2007, que modificó el art. 60 de la ley 80 de 1993, norma vigente cuando se suscribió el contrato sometido a estudio de este tribunal, señala lo siguiente:

*"Artículo 11. Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

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

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

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

La jurisprudencia del Consejo de Estado, de forma pacífica y reiterada, ha reconocido el efecto vinculante de la manifestación de voluntad que va envuelta en la suscripción del acta de liquidación, en forma tal que se rechaza, en principio, la posibilidad de desconocer la palabra expresada, por cuanto a nadie le es dado ir en contra de sus propios actos, a menos que alegue la existencia de un vicio de la voluntad, que pueda invalidar el respectivo acto jurídico. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 25 de mayo de 2011 (Exp. 18.553) expresó:

*“Así las cosas, una vez se ha liquidado el contrato por mutuo acuerdo de los contratantes, sin que se hayan consignado salvedades en el acta correspondiente, dado el carácter de negocio jurídico bilateral y, por ende, su fuerza vinculante resolutoria o liberatoria, no es posible entablar una reclamación judicial en relación con el contrato liquidado, pues clausura, en principio, la controversia ante la Jurisdicción, a menos que se invoque algún vicio del consentimiento (error, fuerza, o dolo) o que dicha liquidación haya sido suscrita con salvedades o reparos por alguna de la partes en el mismo momento de su firma<sup>2</sup>, lo cual, además se fundamenta en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos “venire contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas<sup>3</sup>.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de mayo de 1992, exp. 6661.

<sup>3</sup> [7] “Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 2 de octubre de 2002 y de 6 de julio de 2005”.

El valor vinculante del acta de liquidación bilateral se manifiesta, igualmente, en el mérito ejecutivo que la misma ostenta, de tal manera que el cobro de las cantidades que ella arroja a favor del contratista, puede verificarse a través del respectivo proceso ejecutivo, en el cual se presentará como título, la referida acta de liquidación.

En el acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No. 0003 del 7 de enero de 2010, suscrita por las partes el 22 de diciembre de 2012, se acordó *"dar por terminado y liquidado, a partir, de la fecha [...] y de común acuerdo el contrato de concesión No. 0003 de 2010. Con la terminación anticipada se entienden igualmente cerrados y precluidos los procesos de imposición de multa iniciados al Consorcio Mi Valle y quedarán sin efectos jurídicos los actos administrativos sancionatorios expedidos durante los mismos, teniendo en cuenta que los mismos [sic] no llegaron a su culminación"*.

En la cláusula tercera del citado acuerdo, quedaron consignadas las salvedades del contratista, en los siguientes términos:

***"TERCERO. SALVEDADES DEL CONTRATISTA FRENTE A LA LIQUIDACIÓN.***

*De conformidad con el art. 11 de la ley 1150 de 2011, inciso final de la norma citada que establece que "los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo", el Consorcio Mi Valle se permite dejar constancia de las siguientes salvedades:*

- a. El Consorcio Mi Valle no está de acuerdo ni en los montos y [sic] ni en los conceptos reconocidos por el Departamento, pues no incluyen todos los conceptos y los montos relacionados en el numeral 38 de las consideraciones de esta acta<sup>4</sup>, que EL DEPARTAMENTO dejó de reconocer, y lo contenido en el artículo*

---

<sup>4</sup> . Aquí existe un error en cuanto a la remisión al numeral 38 del acta de terminación y liquidación, ya que este numeral se limita a transcribir la cláusula 34 del contrato de concesión (cláusula compromisoria). La referencia debe entenderse a la consideración No. 36 del acta, en la cual se discriminan los diferentes conceptos y valores reconocidos por el Departamento del Valle al contratista.

segundo<sup>6</sup> no atiende a la realidad contractual, ni a la conmutatividad, equidad, equilibrio financiero del contrato como principios y reglas aplicables a este proyecto.

- b. Los valores que EL DEPARTAMENTO ha determinado reconocer por concepto de i) estudios y diseños y ii) gastos administrativos, difieren del monto de los dineros efectivamente invertidos y soportados [sic] oportunamente con los documentos pertinentes. El Consorcio Mi Valle por no encontrarse de acuerdo con la suma reconocida, se reserva el derecho a reclamar el excedente de las sumas no tenidas en cuenta en esta liquidación, ya que el contratista espera recibir lo que efectivamente y hasta el momento ha invertido.
- c. De igual manera, el Consorcio Mi Valle se permite dejar constancia del desacuerdo con EL DEPARTAMENTO de no reconocer la suma invertida por el Concesionario para el pago de la Comisión de Éxito, ni la utilidad esperada y, en consecuencia, se reserva el derecho de reclamar el valor efectivamente pagado por concepto de dicha Comisión de Éxito y a reclamar el reconocimiento de la utilidad esperada dejada de percibir conforme a las disposiciones legales y contractuales, de acuerdo a los montos previstos previamente establecidos en el numeral 33 de la presente acta.
- d. El Consorcio Mi Valle deja salvedad por los descuentos realizados por el Departamento a las sumas reconocidas en virtud de la presente terminación y liquidación, por concepto de pago de obligaciones tributarias presuntamente derivadas del reembolso de gastos reconocido en este documento, el cual considera que no es procedente."

De acuerdo con el precedente jurisprudencial que se citó antes, en principio, este Tribunal solo tendría competencia para pronunciarse sobre las salvedades consignadas, de manera expresa, por el contratista en el

---

<sup>6</sup> En el artículo segundo del acta de terminación y liquidación del contrato se relacionan los mismos conceptos y valores reconocidos por el Departamento del Valle al contratista que aparecen en la consideración No. 36.

ordinal tercero del acta de terminación y liquidación del contrato, que se acaban de transcribir, tal como en adelante se profundizará.

En ese sentido, el agente del Ministerio Público, en el concepto rendido en el proceso señala que *"el concesionario Mi Valle dejó unas salvedades, por tanto, vale la pena señalar que solo se pueden impugnar aquellas salvedades que se estipularon en el acta de terminación y liquidación, y no aquellas que en el momento de suscribir el acta por mutuo acuerdo no se tuvieron en cuenta"*.

Con todo, como en la pretensión tercera de la reforma de la demanda, la convocante solicita la nulidad del acta de terminación y liquidación del contrato, por razones metodológicas el Tribunal se ocupará de examinar, en primer lugar, dicha pretensión, por cuanto, solo en la medida en que prospere la misma, podrá pronunciarse sobre aquellas pretensiones diferentes a las consignadas en las salvedades del acta de terminación y liquidación del contrato.

## **2. LA PRETENSIÓN TERCERA**

En la pretensión tercera de la demanda, la convocante solicita *"que se declare la nulidad del acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No. 003, suscrita el 22 de diciembre de 2011, debido a la ausencia de causa jurídica para concurrir a dicha suscripción en cabeza del consorcio Mi Valle, y por no haber concurrido a su suscripción todos los legitimados para el efecto, a saber: el estructurador del proceso consorcio Desarrollo del Valle del Cauca, de conformidad con el contrato de consultoría No. 460 de 2009, y el interventor Consorcio Interventoría por un Nuevo Valle, de conformidad con el contrato de interventoría No. 0421 de 2010"*.

### ***i. La posición de las partes***

En los fundamentos de las pretensiones señalados en la demanda, la parte convocante no precisa las razones por las cuales debe declararse la nulidad del acta de terminación y liquidación del contrato de concesión suscrito con el departamento del Valle. En el alegato de conclusión, el apoderado del contratista expresa que *"en nuestro caso se encuentra*

*ampliamente demostrado que no existió causa en cabeza del Consorcio Mi Valle para suscribir el acta de terminación y liquidación del 22 de diciembre de 2011, inclusive podríamos decir que fue presionado y llevado bajo coacción (fuerza) a suscribir el documento, y por ende, el consentimiento allí manifestado se encuentra viciado; entre otros muchos elementos probatorios relacionados en el apartado que trata de las pruebas de la terminación del contrato por hechos no imputables al Consorcio Mi Valle, lo manifestado en sus declaraciones por el doctor Víctor Hugo Vallejo, en especial respecto de la forma en que empezó a ser presionado el consorcio durante las mesas de trabajo que se realizaron en el periodo en que duró suspendido el contrato de concesión No 0003 de 2009, y las pruebas que obran en el expediente que muestran el prejuzgamiento de la administración precedida por el gobernador Lourido, y su firme determinación de terminar los contratos financiados con vigencias futuras excepcionales a como diera lugar, la forma en que empezaron a estigmatizar a través de los medios de comunicación los proyectos. Es más que evidente que precisamente por estas razones y la firme intención que tenía el Consorcio Mi Valle en continuar con el contrato que se tardó un poco más de un año, mucho más que con los demás concesionarios, el proceso de firmar el documento en cuestión." (Subrayo)*

Para la parte convocada, el demandante omitió sustentar las razones por las cuales considera que hubo "ausencia de causa jurídica" en cabeza del Concesionario. Esta pretensión no está llamada a prosperar porque carece de toda lógica jurídica reconocer que la liquidación se dio por mutuo acuerdo, pero con ausencia de causa o motivo para ello. Otra cuestión distinta, es que el contratista demuestre que el procedimiento mismo de la liquidación contractual, está viciada por error, fuerza o dolo, únicas causales que podrían llegar a viciar el acuerdo mutuo suscrito entre las partes. Por ello, sostener que hubo "ausencia de causa jurídica para concurrir a la suscripción en cabeza del Consorcio Mi Valle", no tiene ningún sustento jurídico y por ello no puede generar la declaratoria de nulidad del Acta de liquidación, o más exactamente, del acto jurídico contenido en ella.



En relación con el cargo de que el acta de liquidación está viciada de nulidad por la supuesta falta de concurrencia de todos los legitimados para el efecto, a saber, el estructurador del proceso Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, y el Interventor Consorcio interventoría por un Nuevo Valle, de conformidad con el Contrato de Consultoría No.460 de 2009, y el Contrato de Interventoría No.0421 de 2010, respectivamente, considera que esta pretensión tampoco está llamada a prosperar, dado que la ley y la jurisprudencia han sido claras en sostener que el único requisito para que sea válida el acta de liquidación, es que sea suscrita por los representantes legales de las entidades directamente involucradas en el Contrato, es decir, quienes suscriben el contrato que se va a liquidar, o por los funcionarios delegados para el efecto, es decir, por el contratista y la Administración o entidad estatal.

Además, en los citados contratos de Consultoría No. 460 de 2009, y de Interventoría No. 0421 de 2010, no existe cláusula alguna que exija la suscripción del Estructurador y el Interventor para que el Acta de liquidación cobre validez.

Por su parte, en el Capítulo 5º, cláusula 24.1, literal h) del Contrato No. 003 de 2010, se plasman las obligaciones a cargo del Interventor, en donde se señala la de *"suscribir conjuntamente con el Concesionario y el Departamento el Acta de Iniciación de la Etapa de Construcción y el Acta de Finalización de la Etapa de Construcción, siempre que se cumplan las condiciones previstas en este Contrato, para dicha suscripción."*, pero no se menciona en ningún lugar el acta de liquidación.

Como se desprende de las obligaciones contractuales, es claro que en ningún momento se sujetó la validez del acta de terminación y liquidación del contrato No.003 de 2010 a la suscripción o firma del Estructurador y del Interventor. Ni en el Contrato de Consultoría No. 460 de 2009, ni en el Contrato de Interventoría No.0421, contratos accesorios, consta obligación alguna en ese sentido. Tampoco en el Contrato No.003 de 2010, existe cláusula alguna que condicione la validez del Acta de Terminación y Liquidación a las firmas de los sujetos nombrados. Y menos aún existe una disposición legal que así lo exija.

En lo que se refiere específicamente al estructurador, él no es parte del contrato de concesión No. 003, y su relación con el concesionario se estableció por virtud de una "estipulación por otro", suscrita por el Departamento en otro instrumento contractual.

## **ii. Consideraciones del Tribunal**

a. El art. 1524 del Código Civil establece:

*"No puede haber obligación sin una causa real lícita; pero no es necesario expresarla, La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

*Se entiende por causa el motivo que Induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita".*

La Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que *"si no es necesario expresar la causa de una obligación, la ley supone en todo caso la existencia de la causa real y lícita de ella; probada pues la obligación, está probada la causa; si esta es simulada o si es ilícita, la prueba de estos calificativos corresponde a quien la alega".*<sup>6</sup> (Se subraya)

La parte convocante, en la pretensión tercera de su demanda, se limitó a afirmar que el acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No. 003, suscrita el 22 de diciembre de 2011, debe ser declarada nula, *"debido a la ausencia de causa jurídica para concurrir a dicha suscripción en cabeza del consorcio Mi Valle"*. En su alegato de conclusión señala que *"se encuentra ampliamente demostrado que no existió causa en cabeza del Consorcio Mi Valle para suscribir el acta de terminación y*

<sup>6</sup>. Sentencia del 8 de octubre de 1890, *Gaceta Judicial*, V, p. 306; 23 de agosto de 1919, *Gaceta Judicial* XXVII, p. 267 y sentencia del 23 de junio de 1937, *Gaceta Judicial* XLV, página 143, entre muchas otras.

liquidación del 22 de diciembre de 2011, inclusive podríamos decir que fue presionado y llevado bajo coacción (fuerza) a suscribir el documento, y por ende, el consentimiento allí manifestado se encuentra viciado".

Para el Tribunal la pretensión examinada no está llamada a prosperar, toda vez que el cargo se quedó en la mera afirmación y no existe prueba alguna de la alegada ausencia de causa por parte del consorcio convocante para suscribir el acta de terminación y liquidación del contrato de concesión, celebrado con el departamento del Valle de Cauca.

En efecto, en el acta que suscribieron las partes el 22 de abril de 2011, se consignaron las diferentes razones que las llevaron a concluir que, ante la imposibilidad de llevar a feliz término la ejecución del contrato, lo más conveniente era darlo por terminado y liquidarlo.

En efecto, en el numeral 24 de las consideraciones de la citada acta se expresa que *"EL DEPARTAMENTO en las reuniones sostenidas y anteriormente descritas en el numeral 13 del presente documento, manifestó su voluntad expresa de dar por terminado de mutuo acuerdo y liquidar de manera anticipada El Contrato, argumentando como motivaciones a dicha pretensión, lo siguiente:*

- a. *Las objeciones a las vigencias futuras excepcionales planteadas por la Contraloría Departamental del Valle del Cauca en el informe de auditoría CDVC-CASCD No. 001 de abril 15 de 2010, suscrito por el Contralor Departamental encargado, La Dirección de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Contraloría General de la Nación [sic], entidades que han cuestionado este mecanismo de financiación por considerar que se trata de una operación de crédito.*
- b. *Además argumenta EL DEPARTAMENTO que se trata de un contrato altamente oneroso para EL DEPARTAMENTO, toda vez que según el modelo financiero planteado por el estructurador el valor de las obras a realizar es de \$112.770 millones de pesos de 2009, y EL DEPARTAMENTO tendrá que remunerar al*

*concesionario la suma de \$341.272 millones de pesos corrientes en un lapo de diez años."*

En el considerando 25 del acta en cuestión, se señala que el Consorcio Mi Valle aclaró que no compartía las razones de onerosidad aducidos por el departamento, *"pero igualmente acepta la propuesta de terminación anticipada realizada por la entidad contratante"*.

Si bien, como lo señala el art. 1524 del Código Civil que se citó antes, no era necesario que se expresaran las razones para dar por terminado el contrato de concesión celebrado entre las partes, por cuanto la ley presume su existencia y la licitud de las mismas, lo cierto es que estas si fueron consignadas en el documento contentivo del acuerdo de voluntades mediante el cual se quiso dar por terminado el vínculo negocial que unía al departamento del Valle del Cauca con el Consorcio Mi Valle y, como consecuencia de ello, procedieron a su liquidación, para dar cumplimiento a una *obligación* que la ley establece, en forma perentoria, en el art. 60 de la ley 80 de 1993, como lo es su liquidación, una vez que el contrato estatal termina<sup>7</sup>.

En tales condiciones debe concluirse que, contrario a lo afirmado por la parte convocante, si existió causa jurídica por parte del consorcio Mi Valle para concurrir a la suscripción del acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No. 003.

De otro lado, es importante destacar que el pretendido vicio del consentimiento que se adujo en el alegato de conclusión, no fue invocado en la demanda ni en su reforma, razón suficiente para que el tribunal desestime el cargo, en acatamiento del principio de congruencia del laudo (art. 305 C. de P.C.).

Con todo, tampoco probó la convocante la fuerza o coacción que alega como vicio del consentimiento del Consorcio Mi Valle, para suscribir el acta de terminación y liquidación del contrato. Solo se limitó a afirmar, en el alegato de conclusión, que *"la forma en que empezó a ser presionado*

---

<sup>7</sup> . El art. 60 de la ley 80 de 1993 señala que *"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 de común acuerdo por las parte contratantes [...]".*

*el consorcio durante las mesas de trabajo que se realizaron en el periodo en que duró suspendido el contrato de concesión No 0003 de 2009, y las pruebas que obran en el expediente que muestran el prejuzgamiento de la administración precedida [sic] por el gobernador Lourido, y su firme determinación de terminar los contratos financiados con vigencias futuras excepcionales a como diera lugar, la forma en que empezaron a estigmatizar a través de los medios de comunicación los proyectos."*

b. El otro cargo que se formula en la demanda contra el acta de terminación y liquidación del contrato de concesión celebrado entre las partes, consiste en que a la suscripción de la misma no concurrieron todos los legitimados para el efecto, a saber: (i) el estructurador del proceso consorcio Desarrollo del Valle del Cauca, de conformidad con el contrato de consultoría No. 460 de 2009, y el interventor Consorcio Interventoría por un Nuevo Valle, de conformidad con el contrato de interventoría No. 0421 de 2010.

De la sola enunciación del cargo se desprende lo infundado del mismo, ya que lo que se pretende sostener es que a la suscripción del acta de terminación y liquidación del contrato de concesión No. 003, celebrado entre el departamento del Valle del Cauca y el Consorcio Mi Valle, debieron concurrir tanto el estructurador como el interventor de dicho contrato, no obstante que estos se encontraban vinculados con el ente territorial por otros contratos.

De conformidad con el art. 1602 del Código Civil, *"todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

En relación con el alcance de esta disposición, la doctrina nacional señala que *"si las convenciones y los contratos son el resultado de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, específicamente denominado consentimiento (consensus in Idem placitum), por aplicación del aforismo clásico, según el cual "todo lo que se contrae conforme a derecho perece por el derecho contrario", la revocación de tales convenciones o contratos requiere otra convención entre todos los que participaron en la celebración de estos, encaminada directa y reflexivamente a privarlos de*

*la eficacia de la eficacia que estuvieron llamados a producir. Con otras palabras: el acto plurilateral formado por el consentimiento mutuo de varios (mutuum consensus) debe deshacerse también por el concurso de la voluntad de todos ellos (mutuum disensus)".<sup>8</sup> (Subrayo)*

Al no haber sido partes el consorcio Desarrollo del Valle del Cauca y el Consorcio Interventoría por un Nuevo Valle del contrato de concesión No. 003, suscrito entre el departamento del Valle del Cauca y el Consorcio Mi Valle, carece de todo fundamento sostener que estos han debido suscribir el acta de terminación del citado contrato, cuando su relación jurídica negocial con el ente territorial tenía su fuente en dos (2) contratos diferentes.

Lo propio cabe decir del acta cuestionada, en cuanto se refiere a la liquidación del contrato de concesión No. 003, ya que el art. 60 de la ley 80 de 1993 establece que esta será "de común acuerdo por las partes contratantes". Al no haber sido partes contratantes ni el estructurador ni el interventor, es claro que no debían suscribir el acta de liquidación del contrato de concesión, celebrado entre el departamento del Valle del Cauca y el consorcio Mi Valle.

Ahora bien, en tanto en cuanto el Contrato de concesión que da lugar a este proceso, fue terminado de común acuerdo por las partes, sin que se evidencie vicio alguno, resulta innegable que la real causa de dicha terminación es la voluntad bilateral de las partes, en desarrollo de lo previsto en el artículo 1602 C.C., contentivo del llamado principio de la normatividad de los contratos, y aplicable a la contratación estatal, en virtud de lo preceptuado en el artículo 13 de la ley 80 de 1.993. Voluntad a la que llegaron las partes después de un proceso de discusión y análisis en el cual seguramente se plantearon varias razones para llegar a ello, sin que al final ellas se erijan en la real *causa eficiente* de la finalización del vínculo contractual habida consideración que lo destacable y efectivo para lograrlo fue la voluntad libre y autónoma expresada por las partes y dirigida de manera reflexiva a ese propósito por ambos deseado. Todo lo cual, aunando a lo ya dicho en precedencia, conduce a sostener que el

<sup>8</sup> , Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá D.C., Editorial Temis, 2000. 6ª ed. P. 515

contrato que ocupa la atención del Tribunal en verdad no terminó por razones ajenas al contratista, tal como lo pide la Convocante en la primera pretensión declarativa.

Por las razones expuestas, no se accederá a las pretensiones primera y tercera declarativas.

### **3. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.**

En este estado del laudo, corresponde al Tribunal analizar el ámbito y extensión de su competencia a la luz de las cláusulas arbitrales pactadas por las partes.

Con tal fin, ha de remembrarse en primer término la cláusula 34, del Contrato de Concesión N° 003 del 7 de enero de 2010, contentiva de la estipulación compromisoria, ya transcrita en este laudo.

La lectura simple de la misma, enseña sin dubitación alguna que el Tribunal de arbitramento está instituido en este caso para conocer y pronunciarse sobre todos los conflictos de naturaleza patrimonial que resulten de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato. Ello con excepción de los actos administrativos contentivos de los poderes exorbitantes de la administración de que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1.993, en virtud de la postura vigente del Consejo de Estado.

Ahora bien, huelga indagar si la referida estipulación fue modificada por acuerdo de las partes y en caso positivo, tal como lo considera el Tribunal y desde ahora lo sostiene, el alcance de la misma. Aspecto este trascendental, no solo porque encuadra y limita su competencia, sino por las posturas disimiles que han adoptado las partes.

La modificación referida, consta en la cláusula sexta del Acta de terminación y liquidación bilateral del 22 de diciembre de 2011, la cual también ya fue transcrita y a donde, entonces, se remite.

De conformidad con la modificación de la cláusula compromisoria mediante la referida Cláusula Sexta, la competencia del Tribunal quedó limitada a las pretensiones expuestas en el considerando número 29 y a lo señalado en la cláusula tercera, que abarca las salvedades del contratista frente a la liquidación, la cual fue transcrita en capítulo anterior. A contrario sensu y por no quedar consignadas como una salvedad en el acta de liquidación, el Tribunal no es competente y, en consecuencia, no se pronunciará y denegará las pretensiones relativas a: (i) la no entrega oportuna de predios y a la omisión de ordenar el traslado de los aportes que correspondían de la subcuenta de pagos a la subcuenta principal del fideicomiso Mi Valle (Pretensión declarativa segunda); y (ii) la ineficacia o en subsidio la nulidad, inexistencia o inaplicabilidad de la Cláusula 32 del Contrato de Concesión No. 003 de 2.010 (Pretensión Declarativa quinta y subsidiarias primera y segunda).

Lo sostenido sobre la competencia de este Tribunal resulta, se insiste, no solo por cuenta de la modificación expresa que hicieron las partes de la cláusula compromisoria, sino también como consecuencia de los efectos que emanan de una liquidación convencional, la cual, tal como se adujo en precedencia, solo habilita para reclamar en sede judicial, en este caso ante este tribunal, las salvedades expresas que llegaren a consignar las partes, salvo, claro está, un vicio del consentimiento, el cual no fue planteado como pretensión en la demanda ni fue objeto de prueba alguna, a pesar de haber sido insinuado en los alegatos de conclusión por parte de la Convocante.

Como la terminación y liquidación bilateral son negocios jurídicos contractuales, es preciso que para que se declare su nulidad se configure una de las causales de nulidad absoluta a las que se refiere la Ley 80 de 1993 o una de las causales de nulidad absoluta propias del derecho común. Presupuestos iguales que han de exigirse para la nulidad o ineficacia de la referida cláusula 32 del contrato de concesión. Esto último sobre la base, por supuesto de la plena competencia del tribunal, que es precisamente lo que no acontece en este evento.



Así mismo debe agregar el Tribunal que contrario a lo manifestado por la parte Convocada, en caso de ser clara y expresa la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre esos aspectos, no habría impedimento legal alguno para hacerlo, dadas las voces del artículo 116 de la ley 446 de 1.998, a la sazón la vigente al momento de la presentación de la demanda arbitral, el cual es del siguiente tenor que se explica por sí mismo en el punto planteado:

*"Artículo 116. Cláusula Compromisoria. El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:*

*"Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.*

*Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.*

*Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente."*

#### **4. MATERIAS OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO DE ESTE TRIBUNAL.**

Tal como se ha dejado sentado, este Tribunal de Arbitramento convocado por el Consorcio MI VALLE, solo se pronunciará respecto de las salvedades incorporadas en el Acta de Terminación y Liquidación del Contrato de Concesión No. 0003 formalizada el 22 de Diciembre de 2011, las cuales se transcribieron con antelación.

Lo hará, entonces, sobre los siguientes aspectos:

#### **4.1. Valor de estudios y diseños.**

##### **a) Postura de las Partes.**

Respecto a la salvedad expresada sobre los estudios y diseños, es preciso señalar que en la demanda, la pretensión del CONVOCANTE consiste en:

*"3.- Que se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar, compensar o reintegrar al Consorcio Mi Valle por concepto de la pretensión declarativa número cuatro, las siguientes sumas:*

*3.1 Por concepto de Diseño la diferencia que exista entre lo que el perito determine como valor del anteproyecto y/o diseños arquitectónicos entregados por el Consorcio Mi Valle, y lo que efectivamente le pagó el Departamento del Valle del Cauca al momento de terminar el contrato de concesión No. 003 de 2009, que estima el Consorcio Mi Valle en la suma de MIL NOVECIENTSO OCHO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$ 1.908.536.942) M/CTE."*

Sobre el particular, la parte convocada adujo:

*"Según la Cláusula Segunda del Acta de Terminación y Liquidación del Contrato 003 de 2010, por concepto de Estudios y Diseños la parte CONVOCADA le reconoció al Consorcio Mi Valle la suma de MIL DOSCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$1.207.290.000) M/CTE.*

*Este valor fue el resultado de una valoración realizada por la Sociedad Colombiana de Arquitectos de los Estudios y Diseños entregados por el Consorcio Mi Valle.*

*En efecto, en el considerando No. 29 del acta se señala: "Que el Departamento manifestó su voluntad de pagar, previos los trámites y*

autorizaciones requeridas, por los diseños que entregaría El Consorcio Mi Valle al Departamento de acuerdo al grado de avance en que se encontraran, de conformidad con el concepto que sobre el valor de los mismos realice la Sociedad Colombiana de Arquitectos, Capítulo Valle, tal como consta en el acta de suspensión suscrita el cuatro (04) de noviembre de 2011, (...)"

Lo anterior fue corroborado por la doctora Diana Patricia Villegas al manifestar:

"Ellos no estuvieron de acuerdo con ese valor, les pareció muy bajo, y siendo así lo que se definió en una acta de suspensión del contrato fue que, y esa acta pues lo dice claramente, es que se fuera a la Sociedad Colombiana de Arquitectos, que se le pidiera a la Sociedad Colombiana de Arquitectos que revisara el tema del valor de los diseños por ser una entidad pues, especializada, idónea y neutral, digámoslo, del tema, y así se acordó por las partes y está firmada el acta en ese sentido; creo que obra en el proceso esa acta. Y en ese sentido, pues lo que hicimos fue que se le dio traslado a la Sociedad Colombiana de Arquitectos de la solicitud, ellos hicieron una cotización y con base en eso el Consorcio Mi Valle le entrega toda la documentación que tenía todos los planos, diseños, en fin.

La Sociedad Colombiana de Arquitectos hizo su valoración, hizo un primer informe, recuerdo en el que hablaba de una cifra de 900 algo, 900 millones, ellos no estuvieron de acuerdo, consideraron que era muy baja, y básicamente digamos ellos alegaron, recuerdo, que los precios de referencia que tenía como base la Sociedad Colombiana de Arquitectos era muy bajos con base en Construdata, bueno los precios pues que tiene el sector en la arquitectura, entonces se le pidió a la Sociedad de Arquitectos que revisara esos precios de referencia, ellos la revisaron, finalmente sacan un informe final, un informe final que tiene un valor de más o menos unos 1.000, pues el valor que quedó en el acta de terminación, 1.200 millones de pesos, que fue lo que se les reconoció a ellos finalmente; ese informe recuerdo que se entregó por parte de la Secretaría de Infraestructura a la mesa de Vigencias Futuras y se citó a una reunión, reunión que se hizo en la Gobernación del Valle y a la cual

fueron el Representante de Ávila Ltda., fue el doctor Jaime Cardona Canal, y recuerdo que estuvo el doctor Romero también donde se discutió el valor de las inversiones, pues el valor que había determinado la Sociedad de Arquitectos que tampoco pues fue de recibo de ellos, ellos insistían en que era muy bajo lo que se había reconocido y que no estaban de acuerdo con ese valor, yo recuerdo que les dije en la reunión es que ambos habíamos estado de acuerdo en que fuera la Sociedad de Arquitectos quien definiera el monto y que ambos íbamos a estar de acuerdo en eso, ese fue el compromiso y ese fue el compromiso que quedó pactado por las partes, sin embargo pues en ese momento ellos dijeron que no aceptaban ese valor pero que pues en aras digamos de terminar el contrato y liquidarlo antes de que terminara el año ellos firmarían el acta de terminación y liquidación con esos valores pero dejarían la salvedad, eso fue lo que finalmente pues se llegó."

Ahora bien, no obstante que las partes habían acordado que el valor de los diseños sería el que estableciera la Sociedad Colombiana de Arquitectos, Capítulo Valle, lo cierto es que la parte CONVOCANTE dejó como salvedad en el Acta de Terminación y Liquidación que no estaba de acuerdo con el valor reconocido por este concepto.

Por lo anterior, en desarrollo de este proceso arbitral la parte CONVOCANTE pidió la designación de un perito experto en arquitectura para que determinara el valor de los diseños arquitectónicos de los proyectos que hicieron parte del Contrato de Concesión No. 003 de 2010.

En cumplimiento de su deber como auxiliar de la justicia, el Ingeniero Gustavo Perry Torres, después de estudiar los documentos<sup>9</sup> entregados por la parte CONVOCANTE, determinó que el valor de los mismos era de SEISCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$646.481.659) M/CTE; es decir, un poco más de la mitad de lo que le reconoció el Departamento a la parte CONVOCANTE.

<sup>9</sup> Documento titulado "CALCULO DE HONORARIOS DISEÑOS ARQUITECTONICOS CONSORCIO MI VALLE, el cual según el perito, "(...) corresponde a un cuadro donde aparecen todos los anteproyectos estudiados, con la información de áreas, valores por m2, así como valores totales de las obras." Tomado de documento del 13 de enero de 2014, Solicitud de aclaración del dictamen.

En ese orden de ideas, se le solicita al tribunal que desestime el numeral 3.1 de la tercera pretensión condenatoria. La parte CONVOCANTE le solicitó a este Honorable Tribunal Arbitral que se le reconociera la diferencia entre lo que determine el perito y lo que efectivamente pagó el Departamento del Valle del Cauca. Está debidamente probado dentro de este proceso que el valor que determinó el perito es muy inferior a lo reconocido por la parte CONVOCADA en el Acta de Terminación y Liquidación luego no debe haber reconocimiento alguno."

**b) Posición del Tribunal.**

Para resolver el punto planteado, considera el Tribunal que en el proceso existe una prueba que le da pleno valor y que no es otra que el dictamen técnico adelantado por el perito, arquitecto GUSTAVO PERRY TORRES, quien determinó el valor por el concepto indicado en los siguientes términos:

"(...)

**ANEXO N. 1  
LIQUIDACION DE  
HONORARIOS  
ANTEPROYECTO  
CONSORCIO MI VALLE**

COD. PROYECTO	OBRA	LOCALIZACION GEOGRAFICA	TOTAL ANTEPROYECTO 15%
1. CG2-AND-01	CONSTRUCCIÓN DE LABORATORIO INTEGRAL DE QUIMICA, FISICA, BIOLOGIA Y SISTEMAS (FAROS DEL SABER)	ANDALUCIA	\$ 2.587.214
CG2 - ANS-02	CONSTRUCCIÓN DE CUBIERTA Y CONSTRUCCIÓN DE GRADERIA DEL COLISEO Y GRADERIA DEL ESTADIO	ANSERMANUEVO	\$ 9.190.342
CG2 - ARG-03	CONSTRUCCIÓN SEGUNDA ETAPA DEL ESTADIO (GERMAN VELASQUEZ CARO)	ARGELIA	\$ 3.084.098

CG2 - ARG-04	CONSTRUCCIÓN PLAZA DE FERIAS PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GANADO, BETERIAS SANITARIAS, GRADERIAS (ARGELIA - VALLE)		\$ 5.332.427
CG2 - BOL-05	ADECUACIÓN ESTADIO (BOLIVAR - VALLE)	BOLIVAR	\$ 15.432.055
CG2 - BUE-06	CONSTRUCCIÓN CENTRO DE CONVENCIONES	BUENAVENTURA	\$ 44.770.635
CG2 - BUE-07	COLEGIO PASCUAL DE ANDAGOYA		\$ 28.360.594
CG2 - BUE-08	CONSTRUCCIÓN GRADERIA, CUBIERTA Y ADECUACIÓN ESTADIO MARINO KLINGER		\$ 7.314.339
CG2 - BUG-10	PISCINA OLÍMPICA COLEGIO ACADÉMICO DE BUGA	BUGA	\$ 10.905.920
CG2 - BUG-11	POLIDEPORTIVO DEL NORTE BALBOA		\$ 9.458.349
CG2 - BUG-12	ADECUACIÓN CANCHA DE FUTBOL COLISEO LUIS IGNACIO ÁLVAREZ OSPINA		\$ 5.801.577
CG2 - BUGR-13	TERMINACIÓN ESTADIO E ILUMINACIÓN	BUGALAGRANDE	\$ 14.745.239
CG2 - CAL-14	CONSTRUCCIÓN COMANDO DE POLICIA AGUA BLANCA	CALI	\$ 38.073.149
CG2 - CAL-15	CONSTRUCCIÓN COMANDO POLICIA TERRON		\$ 17.360.972
CG2 - CAL-16	EDIFICIO INDERVALLE (AREAS ACONDICIONAMIENTO CLINICO, DEPORTEL, HELIPUERTO, PISCINA ETC) (CALI - VALLE)		\$ 14.017.481
CG2 - CAL-17	ESTADIO DE AGUA BLANCA (FASE I)		\$ 173.140.108
CG2 - CAL-18	CONSTRUCCIÓN DE LABORATORIO INTEGRAL DE QUIMICA, FISICA, BIOLOGIA Y SISTEMAS (FAROS DEL SABER)	CAICEDONIA	\$ 2.587.214
CG2 - CAN-19	CONSTRUCCIÓN COLEGIO POBLADO CAMPESTRE	CANDELARIA	\$ 15.617.708
CG2 - CAR-20	CONSTRUCCIÓN COLISEO DE PESAS Y COMBATE	CARTAGO	\$ 33.034.598
CG2 - CAR-21	PISTA PLANA DE PATINAJE		\$ 2.987.778
CG2 - DAG-22	CONSTRUCCIÓN DE PISO (ESCUELA JOSÉ MARIA CORDOBA)	DAGUA	\$ 756.900

CG2 - DAR-23	ADECUACIÓN POLIDEPORTIVO TEOCLISTIDES - CALIMA	GRADERIAS UNIDAD	DARIEN	\$ 6,048,247
CG2 - CER-24	CONSTRUCCIÓN COLISEO DE DEPORTES (EL PLACER)			\$ 7,699,110
CG2 - CER-25	ILUMINACIÓN ESTADIO		EL CERRITO	\$ 2,792,226
CG2 - FLO-26	CONSTRUCCIÓN COLISEO		FLORIDA	\$ 25,555,583
CG2 - GUA-28	CONSTRUCCIÓN DE UN HOTEL (HOTEL GALERIA)			\$ 28,501,200
CG2 - GUA-29	CONSTRUCCIÓN COLISEO O PLAZA DE FERIAS			\$ 18,392,239
CG2 - GUA-30	POLIDEPORTIVO GUABITAS			\$ 4,792,493
CG2 - GUA-31	ADECUACIÓN DEL ESTADIO DE GUACARI		GUACARI	\$ 5,852,704
CG2 - CUM-32	CONSTRUCCIÓN COLISEO CUBIERTO		LA CUMBRE	\$ 9,544,120
CG2 - VIC-33	CONSTRUCCIÓN DE COLISEO DE DEPORTES		LA VICTORIA	\$ 25,555,583
CG2 - PAL -34	CONSTRUCCIÓN COMANDO DE POLICIA			\$ 19,158,744
CG2 - PAL-35	CONSTRUCCIÓN COLISEO DE ROZO		PALMIRA	\$ 14,326,073
CG2 - SNP-36	CONSTRUCCIÓN ESTADIO (SAN PEDRO)			\$ 6,879,904
CG2 - SNP-37	CONSTRUCCIÓN DE LABORATORIO INTEGRAL DE QUIMICA, FISICA, BIOLOGIA Y SISTEMAS (FAROS DEL SABER)		SAN PEDRO	\$ 3,083,258
CG2 - ULL-38	ADECUACIÓN CANCHA EL BRILLANTE		ULLOA	\$ 1,373,672
CG2 - YOT-39	ADECUACIÓN DE GRADERIAS DEL ESTADIO E ILUMINACIÓN			\$ 3,180,452
CG2 - YOT-40	ADECUACIÓN CANCHA MEDIACANOA		YOTOCO	\$ 1,478,489
CG2 - CAR-41	PISTA DE ATLETISMO, CAMERINOS Y BAÑOS PISTA DE PRUEBA DE CAMPO (CORREGIMIENTO LA PAILA)		ZARZAL	\$ 7,708,865
			<b>TOTAL</b>	<b>\$ 646,481,659</b>

(...)"

Según da cuenta la Cláusula Segunda del Acta de Terminación y Liquidación del Contrato 003 de 2010, por concepto de estudios y diseños, el Departamento del Valle del Cauca, le reconoció al Consorcio Mi Valle la suma de MIL DOSCIENTOS SIETE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$1.207.290.000) M/. De lo dicho se desprende que la parte CONVOCADA canceló un valor superior al que podría haberlo hecho, según el dictamen pericial decretado en el proceso, motivo más que suficiente para denegar la pretensión. Aclara el Tribunal que no es objeto de este laudo referirse a tal diferencia, en razón a que este punto no fue planteado.

#### **4.2. GASTOS ADMINISTRATIVOS.**

##### ***a) Postura de las Partes.***

Lo pedido por la parte actora se hace consistir en:

*"CUARTA: Que se declare que el Consorcio MI VALLE no ha sido remunerado ni compensado por los gastos en que incurrió y las erogaciones que realizó para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo durante la vigencia del Contrato de Concesión No. 0003 de 2009"*

La parte convocada se refirió a este asunto en los siguientes términos:

*"En relación con esta pretensión debemos manifestar que a lo largo del proceso ha quedado claro que la parte CONVOCADA ha remunerado al Consorcio Mi Valle de conformidad con lo pactado en el Acta de Terminación y Liquidación haciendo uso para ello de lo establecido en la Cláusula 32 del Contrato de Concesión - LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO EN LA ETAPA DE PRECONSTRUCCIÓN, CONSTRUCCIÓN Y FINAL O DE REPAGO.*

*Por más de que el Consorcio Mi Valle ahora se arrepienta de haber suscrito el Contrato de Concesión No. 003 de 2010, es preciso advertir que el contrato es Ley para las partes y en ningún momento se hicieron observaciones con respecto a la forma en que sería liquidado el contrato tal como lo reconoció su asesor jurídico, el Dr. Víctor Hugo Vallejo cuando manifestó:*



*"Respecto del pliego, o mejor del pre-pliego, se hicieron varias observaciones; observaciones que fueron discutidas en la audiencia que fueron atendidas, algunas otras no atendidas. Pero con respecto a la liquidación del contrato, no recuerdo que se haya hecho ninguna discusión previa."*

*Y es que no debe recordarlas porque tal como puede comprobarse en el link*

*<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-47257>, al que ya se ha hecho mención, el Consorcio Mi Valle en ningún momento se opuso a la fórmula que debía aplicarse en el evento de que el contrato fuera terminado anticipadamente.*

*Esa fue la cláusula que fue aceptada sin ninguna oposición por la parte CONVOCANTE y en ese sentido es la que debía aplicarse al momento de liquidarse el contrato.*

*Desde un primer momento las partes conocían cuales eran los ítems que incluía la fórmula de liquidación anticipada los cuales tenían que ser considerados en el evento de una terminación anticipada.*

*(...)*

*Así las cosas, se solicita al Honorable Tribunal Arbitral desestimar la cuarta pretensión declarativa porque a la parte CONVOCANTE se le reconocieron los valores dispuestos para el efecto en el Contrato de Concesión No. 003 de 210 en el evento de terminación anticipada y para los efectos de la misma."*

#### ***b) Posición del Tribunal.***

*Sobre el particular debe indicar el Tribunal que en el expediente no consta prueba idónea sobre gastos administrativos incurridos por el contratista, lo que es suficiente para negar cualquier reconocimiento por este concepto. Al respecto recuerda el Tribunal que normalmente dentro de los gastos administrativos en un contrato de obra, se reconocen tres conceptos:*

costos administrativos propiamente dichos, equipos y personal. Los llamados costos administrativos son los que se emplean y necesitan:

*"para la operación del contrato (entendidos) como los gastos de disponibilidad de la organización del contratista, que corresponden a aquellos sufragados con el objeto de garantizar la existencia de una estructura operativa propia del contratista que, si bien no está destinada a la ejecución directa de las actividades propias del objeto a contractual – construcción de las cobras- si es necesaria a fin de garantizar el normal funcionamiento y marcha de los trabajos"<sup>10</sup> (se subraya)*

Bajo ese prisma, resulta claro que la generación de estos gastos no es correlativa ni depende del ritmo o nivel con el que se adelantan las actividades constructivas, de manera que deberán cubrirse:

*"...En la medida en que mientras subsista el vínculo contractual entre la entidad contratante y el contratista, los costos de administración continúan generándose en igual forma, independientemente de que la obra se encuentre diferida en el tiempo o que la construcción se realice a un ritmo menor..."<sup>11</sup>.*

La forma de probar los costos administrativos ha de nacer de la contabilidad del contratista en donde se registran los correspondientes gastos.

Los otros conceptos que podrían caer subsumidos como costos administrativos son equipos y personal. Sobre el particular el Consejo de Estado ha dicho que al proceso judicial deberán aportarse pruebas idóneas que den cuenta que:

*"...la maquinaria y equipos que fueron ofrecidos en la propuesta en realidad estuvieron permanentemente en la obra, pues bien puede suceder que algunos de ellos no se necesitaren en determinados tiempos debido a la reprogramación de obra impuesta por las suspensiones, como es normal en la construcción y, siendo así, también cabe la posibilidad de*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 29 de Agosto de 2007. Exp. 14854 C.P Mauricio Fajardo Gómez

<sup>11</sup> Tribunal de Arbitramento Conalvias Vs. Transcaribe, 8 de Abril de 2011.

*que los equipos y maquinaria ofrecidos, por no requerirse en la obra, en los tiempos inicialmente previstos, pudieran ser utilizados en otras obras o simplemente no fueren utilizados sino hasta el momento en el cual realmente se necesitaran*<sup>12</sup>

*"... en todo caso de una especificación precisa respecto de la forma en que se utilizaron y emplearon estos recursos durante la construcción, esto es, que se establezca desde un punto de vista técnico que maquinaria estuvo en la obra, durante cuánto tiempo, es decir, si permaneció durante todo el plazo contractual o fue retirada temporalmente de la misma; si permaneció paralizada o simplemente opero en un ritmo más bajo de lo proyectado"*<sup>13</sup>. Y que "con el fin de probar en el proceso que el contratista incurrió en costos extras por maquinaria, equipos, materiales y personal por la prolongación en el tiempo del vínculo contractual porque estuvieron inutilizados, se requiere el análisis en materia probatoria, como se indicó, de la oferta, los pliegos de la licitación, los movimientos contables sobre los pagos realizados de más; establecer si la maquinaria estuvo paralizada y por cuanto tiempo, o si fue retirada de la zona y regreso nuevamente cuando pudo trabajar, pues si se hacían modificaciones para incluir obras adicionales era necesario conocer si se reprogramaba o no la obra y por tanto la maquinaria, equipo y personal destinado a la misma; si se hicieron pagos en exceso por concepto de administración, entre otros conceptos e ítems, los cuales era necesario verificar que efectivamente se hubieran afectado"<sup>14</sup>

En virtud de lo anterior, el contratista que pretenda reclamar judicialmente unos sobre costos de maquinaria y personal, le surge la necesidad que dichas reclamaciones sean técnicamente demostradas, además que se pruebe que efectivamente se causaron dichos costos y una especificación literal de la forma en que se utilizaron y emplearon los recursos pretendidos durante la construcción, es decir que técnicamente se deje por sentado que la maquinaria y el personal estuvieron realmente en la obra y para la ejecución del contrato.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 25 de febrero de 2009, Exp. 16.103, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 15.600, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de marzo de 2008, Exp. 15.600, C.P. Enrique Gil Botero.

De otro lado, se observa en el plenario que la parte CONVOCADA, reconoció por el concepto indicado, según lo pactado en el Acta de terminación y liquidación del Contrato, fundado en lo dispuesto en la cláusula 32 del Contrato de Concesión, la suma de  *cincuenta y dos millones trecientos veintiocho mil setecientos pesos* (\$ 52.328.700,00). Lo dicho supone que a pesar de la salvedad, en cumplimiento de la cláusula 32, cuya legalidad está por fuera del alcance del Tribunal, según se expresó antes, la entidad canceló un valor por ese concepto, lo que en adición de lo dicho, enervaría la posibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo, en caso de haber sido probada una suma dineraria distinta a la indicada.

Por las razones anteriormente expuestas el Tribunal denegará la pretensión correspondiente.

#### **4.3. COMISION DE ÉXITO.**

##### **a) Postura de las Partes.**

A este respecto, la Convocante sostiene y solicita:

*"3- Que se condene al Departamento del Valle del Cauca a pagar, compensar o reintegrar al Consorcio MI VALLE por concepto de la pretensión declarativa número cuatro, las siguientes sumas:*

*3.2 Por Comisión de Éxito: MIL SEISCIENTOS CUATRO MILLONES CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS VEINTINUEVE PESOS M/CTE. (\$ 1.604.042.729), correspondiente al 40% de la Comisión de Éxito prevista a favor del estructurador del proyecto, Consorcio Desarrollo del Valle del Cauca, en la cláusula 40 del Contrato de Concesión No. 003 de 2010."*

La convocada se opone a ello, diciendo:

*"Según el Contrato de Concesión No. 003 de 2010, el Consorcio Mi Valle se obligó a pagar una Comisión de Éxito a favor del estructurador de la*

concesión. En consecuencia, se generó una obligación autónoma entre la parte CONVOCANTE y el consorcio estructurador, a través de la figura de la estipulación por otro.

Debe advertirse que los dineros que debía cancelar la parte CONVOCANTE no constituyen recursos públicos, precisamente por esa misma razón.

(...)

En consecuencia, su compromiso queda satisfecho cuando el tercero acepta obligarse, así desatienda su obligación, pues en esta hipótesis, como se mencionó, se compromete la responsabilidad del tercero, no la del prometiende, quien por efecto de la ratificación resulta ajeno al contrato formado entre promisario y tercero.<sup>15</sup>

Es decir que, para el caso concreto, el Departamento, siendo el prometiende, tenía como única obligación a este respecto, la de obtener la autorización, asentimiento, ratificación de la parte CONVOCANTE de asumir el pago de la Comisión de Éxito a favor del Consorcio Desarrollo Valle del Cauca.

Por lo tanto, la obligación de la parte CONVOCADA quedó satisfecha cuando el tercero aceptó obligarse luego de suscribir el contrato de concesión, y en consecuencia, surgió un nuevo contrato entre la parte CONVOCANTE y el Consorcio Desarrollo Valle del Cauca-, del cual el Departamento quedó total y absolutamente excluido y por consiguiente, no le es exigible la devolución de los montos causados por el cumplimiento de la Cláusula 40 del Contrato de Concesión No 003 de 2010.

En ese orden de ideas, queda sentado, que en la relación contractual entre el Departamento del Valle del Cauca y el contratista seleccionado para ejecutar el Contrato de Concesión No. 003 de 2010, se pactó a cargo de este último, el pago de la Comisión de Éxito a favor del estructurador.

---

<sup>15</sup> C.S.J. Sala de Casación Civil, M. P. José Fernando Ramírez Gómez, Bogotá, D.C., octubre 30 de 2001. Ref. Exp. No. 5851.

*De dicha suma, se realizó el pago del 40% inicial, pero, quedó a deber el 60% restante. Ahora bien, en materia de reclamaciones económicas, la parte CONVOCANTE no puede exigirle a la Administración el reconocimiento del 40% pagado a título de Comisión, (ni, por otra parte, tampoco el 60% restante, si éste se hubiese llegado a pagar), dado que dichas sumas se encontraban a su cargo al suscribir el contrato con el Departamento y al aceptar dicha estipulación por otro."*

***b) Posición del Tribunal.***

El análisis del punto bajo examen, ha de iniciarse a la luz de lo consignado en el numeral 5.1 de la Cláusula quinta y en la Cláusula cuarenta del Contrato de Concesión No. 0003 de 2009, la cuales indican:  
**"5.1 ETAPA DE ACTIVIDADES PRELIMINARES {...}**

*Durante esta etapa, dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la suscripción del contrato, el Concesionario deberá acreditar el pago del cuarenta por ciento (40%) de la comisión de éxito, de conformidad con la cláusula 40- COMISION DE ÉXITO, de este Contrato"*

**"CLAUSULA 40. COMISION DE ÉXITO**

*El Concesionario deberá el dos por ciento (2,00%) del valor estimado del Contrato –netos de IVA-, como Comisión de Éxito a Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, cuya remuneración se efectuará de la siguiente manera:*

*Dentro del plazo de quince (15) días Calendario siguientes contados desde la firma del Contrato, el Concesionario deberá pagar a favor del Consorcio Desarrollo Valle del Cauca mediante una transferencia bancaria a la cuenta que indique el representante legal de Consorcio Desarrollo Valle del Cauca para tales efectos, un porcentaje del cuarenta por ciento (40%) del valor citado en el párrafo anterior.*

*El sesenta por ciento (60%) restante se remunerara una vez se haya aprobado el Cierre Financiero de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.2.2, mediante una transferencia bancaria a la cuenta que*

*indique el representante legal del Consorcio Desarrollo Valle del Cauca. (...)*"

No hay duda que la parte convocante entregó por el concepto indicado la suma de mil seiscientos cuatro millones cuarenta y tres mil setecientos veintinueve pesos (\$1.604.043.729), según dan cuenta los recibos de caja No. RC 00015 del 4 de marzo de 2010, RC 00016 del 21 de abril de 2010, RC 00017 del 30 de abril de 2010, del Consorcio Desarrollo Valle del Cauca, estructurador del proceso de selección<sup>16</sup> y los comprobantes de egreso No. 079 de 4 de marzo de 2010 y 162 (sic) de 19 de abril de 2010 del Consorcio Mi Valle<sup>17</sup>. Sin embargo, este Tribunal denegará la petición con base en la providencia de 21 de Noviembre de 2013 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado 47.590, mediante la cual se anuló parcialmente el laudo arbitral proferido el día 26 de abril de 2013, para dirimir las controversias surgidas entre el Consorcio DESARROLLO VALLE DEL CAUCA, a la sazón demandante y el Departamento del Valle del Cauca como demandado. En dicho laudo se reconoció al contratista la suma de dinero que había consignado por concepto de la comisión de éxito, por un valor de *treinta y cuatro millones trescientos tres mil quinientos setenta y seis pesos (\$34.303.576, 00)*.

El máximo Tribunal de lo contencioso administrativo no estuvo de acuerdo por las siguientes razones que ahora se transcriben y que este Tribunal comparte y hace suyas:

*"(...) 3.6 Pero por supuesto que en ejercicio de la autonomía negocial bien pueden las partes convenir que el promitente no solo se obligue a obtener la ratificación del tercero sino que también, si este no ratifica, aquel se obligue a satisfacer la prestación prometida.*

*Ahora, si el tercero ratifica surge en ese momento para éste la obligación de satisfacer la prestación prometida pero además ese mismo hecho determina que el promitente haya cumplido con la suya puesto que consistiendo ella en obtener la ratificación del tercero, esto en efecto ha ocurrido.*

<sup>16</sup> Folios 38 – 40 de la demanda reformada.

<sup>17</sup> Folios 35 – 37 de la demanda reformada.

Una de las formas de extinguir las obligaciones es el pago y si este consiste en "la prestación de lo que se debe" y además debe hacerse "bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación, resulta evidente que cuando en la promesa por otro el tercero ratifica, el promitente ha pagado y por ende su obligación se ha extinguido.

Si su obligación se ha extinguido es irrazonable sostener que luego puede ser incumplida.

En efecto, no se ve como podría incumplirse una obligación que ya no existe.

En conclusión, si la obligación del promitente es obtener la ratificación del tercero y la ha obtenido, ha actuado de acuerdo con el tenor de la obligación puesto que ha satisfecho la prestación de lo que debía y por consiguiente su obligación se ha extinguido por la vía del pago, y si el vínculo obligatorio ha desaparecido del mundo jurídico, desde luego ya no podrá ser incumplido" [...]

Dicho de otra manera, en el contrato de consultoría No. 460 de 2009 y en lo tocante a la promesa por otro que el contiene, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA se obligó a obtener de los contratistas concesionarios la ratificación de que estos pagarla la comisión de éxito y como quiera que esto precisamente obtuvo puesto que en los contratos de concesión cada concesionario se obligó a pagar la mencionada comisión, resulta que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA cumplió con su obligación, o, lo que es lo mismo ella se extinguió por la vía del pago.

Y como los concesionarios ratificaron, la obligación de pagar la comisión de éxito quedo radicada en los negocios jurídicos donde se plasmó la ratificación, esto es en los contratos de concesión 001, 002 y 003 del 2010, y por ende los concesionarios son los llamamos a pagarla y por consiguiente es un absurdo pensar que alguien pueda incumplir una obligación que no tiene a su cargo, es decir, es un ex abrupto sostener que el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA incumplió el contrato



porque no se pagó la comisión de éxito puesto que él no era el llamado a pagarla" <sup>18</sup>

#### **4.4. UTILIDAD.**

##### **a) Postura de las Partes.**

La pretensión sobre la utilidad que consigna el demandante se funda y explica:

*"Pago de la utilidad como constructor dejada de percibir por la imposibilidad de ejecutar el proyecto, por causas no imputables al Consorcio Mi Valle, a título de indemnización de perjuicios, la cual se ha probado asciende a la suma de CINCO MIL QUINIENTOS CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$5.505.546.893), de acuerdo al modelo financiero proyectado por tal asociación al estructurador del proyecto y que hizo parte de los documentos suministrados al perito financiero, doctor Julio Villareal; o, en su defecto lo que el perito determino en la aclaración al dictamen pericial rendida el 14 de enero de 2014, como utilidad dejada de percibir como constructor. Finalmente en caso de no aceptarse esta proposición, solicitamos acoger los pronunciamientos jurisprudenciales que indemnización en estos eventos a través de la garantía de seriedad de la oferta como lo veremos en el acápite correspondiente de los fundamentos jurídicos*

*A solicitud del perito financiero, el Consorcio Mi Valle suministro el modelo financiero que estructuro al momento de evaluar la posibilidad de presentarse a la licitación que dio origen al contrato de concesión No. 0003 de 2009, lo cual no era una obligación a su cargo sino un acto voluntario para identificar las variables económicas que incidieron en el proyecto, parte de dicho modelo fue recogido por el perito en su dictamen y obra como Anexo No. 2, folio 28 del dictamen.*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia del 21 de noviembre de 2013, Expediente 47.590, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

En dicho Anexo obra que el costo estimado de las obras al momento de presentar la oferta ascendía a NOVENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$95.048.961.718), y a su vez se estimó que el costo de subcontratación de las obras equivaldría a OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$89.543.414.825). Por lo tanto, la diferencia entre estos dos costos permite identificar que la utilidad como constructor para el Consorcio Mi Valle sería equivalente a CINCO MIL QUINIENTOS CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$5.505.546.893).

Sobre este aspecto en particular es importante resaltar que se solicitó, en varias oportunidades a la Convocada el modelo financiero del proyecto puesto que sería un medio probatorio idóneo para conocer lo que la misma entidad en la estructuración del proyecto cuantifico por concepto de utilidad por la construcción de las obras objeto de contrato de concesión, sin embargo la entidad fue renuente y ni siquiera a instancias y solicitud del H. Tribunal suministro, obstaculizando a su vez la rendición del dictamen financiero sobre este punto encomendado al doctor Julio Villareal.

El modelo financiero que era prueba sustancial en este proceso, y que la entidad posee pues le fue suministrado en cumplimiento del Contrato de Consultoría No. 0460 de 2009, suscrito con el Consorcio Desarrollo del Valle de Cauca, con el objeto que este último estructurara entre otras cosas la licitación LP- SHCP-003-2009 que dio origen al contrato de concesión No. 003 de 2009, objeto del presente proceso arbitral, y al cual Consorcio Mi Valle no podía tener acceso dado que durante el tiempo de la licitación dicho documento gozaba de reserva legal conforme a las normas contenidas en el Decreto 2474 de 2008."

La parte convocada planteó sobre el particular:

"En su segunda pretensión condenatoria, la parte CONVOCANTE solicita que se le reconozcan SEIS MIL MILLONES DE PESOS (\$6.000.000.000)

M/CTE como consecuencia de la no ejecución del contrato **por razones no imputables a este**. Esta suma corresponde al cinco por ciento (5%) del valor total de la inversión que el CONVOCANTE considera que asciende a la suma de CIENTO VEINTE MIL MILLONES DE PESOS (\$120.000.000.000) M/CTE; en su defecto, solicita que le sea reconocido el valor que conceptúe el perito financiero.

Al hacerse referencia a la primera pretensión declarativa se explicaron in extenso las razones por las cuales para la parte CONVOCADA está claro que la terminación del Contrato de Concesión No. 003 de 2010 no puede ser imputable a la Gobernación del Valle del Cauca toda vez que la finalización del mismo tuvo como causa el acuerdo libre y voluntario de las partes.

Ahora, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de una indemnización por lucro cesante debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el contratista por voluntad propia convino en dar por terminado el contrato, de común acuerdo con el Departamento del Valle del Cauca, lo cual implica la renuncia a las utilidades que obtendría de la ejecución del contrato; y en segundo lugar, que la Cláusula 32 del Contrato de Concesión No.003 de 2010 incluye una fórmula matemática para liquidar el contrato en caso de que termine de forma anticipada, cláusula que además incluye la indemnización por lucro cesante.

En efecto, la Cláusula 32 estableció una fórmula de liquidación, y en la misma cláusula se estipuló que: "las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación anticipada de este contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares." (Subrayado fuera del texto.)

En virtud de lo anterior, la parte CONVOCADA al utilizar la fórmula de liquidación contenida en el contrato de concesión no actuó en contravía de la Ley o sobrepasando sus potestades sino que simplemente cumplió

*con su deber legal y contractual de liquidar el contrato de manera tal que se le reconocieran al contratista los gastos irrogados antes de la terminación anticipada del contrato. La referida cláusula formó parte del texto del contrato, e incluso se incorporó en el mismo pliego de condiciones, por lo cual, el concesionario siempre tuvo conocimiento de la forma en que debía ser liquidado el contrato en caso de terminarse anticipadamente.*

*Es importante, por tanto, tener en cuenta que al presentarse el acuerdo común y coincidente de las partes para dar por terminado el contrato, el contratista renuncia implícitamente a reclamar una supuesta utilidad del contrato, que nunca llegó a ejecutarse plenamente, y en el cual, además, se estableció de manera precisa la forma como se le reconocerían al contratista los valores por todo concepto en caso de terminación anticipada del contrato".*

**b) Posición del Tribunal.**

El Tribunal denegará esta petición por las siguientes razones:

1. El contratista por voluntad propia convino en dar por terminado el contrato de común acuerdo con el Departamento del Valle del Cauca, lo cual implica que no haber alcanzado la utilidad esperada, se debió a un acto volitivo de él y no a una decisión unilateral de la entidad contratante que conllevó dicha privación. Al respecto rememora el Tribunal que la jurisprudencia del Consejo de Estado apunta a reconocer la utilidad dejada de percibir cuando un oferente es despojado ilegítimamente de la adjudicación que no es el caso en el proceso que ocupa la atención de este Tribunal. Advierte también que la postura actual no reconoce para esos casos, el valor asegurado con la garantía de seriedad de la oferta, tal como erradamente lo planteó la parte convocante. Además del evento indicado y con fundamento en el artículo 17, numeral 1°, de la ley 80 de 1.993, habría que decir que podría caber el reconocimiento de una utilidad dejada de percibir para cuando se haya terminado unilateralmente el contrato estatal mediante acto

administrativo motivado que entraña el uso de un poder exorbitante, lo cual tampoco aconteció en este caso.

2. En la Cláusula 32 del Contrato de Concesión No.003 de 2010 se incluye una fórmula matemática para liquidar el contrato en caso de que termine de forma anticipada, la cual contempla una indemnización por lucro cesante, y que fue liquidada en el Acta del 22 de diciembre de 2011, así:

SEGUNDO: EL DEPARTAMENTO cancelará al Consorcio Mi Valle, por concepto de liquidación del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, a más tardar el treinta (30) de diciembre, las siguientes sumas de dinero, sobre los siguientes conceptos, así:

CONCEPTO	VALOR
Subtotal INVERSIÓN	\$ 1.744.200.000
Estudios y diseños	\$ 1.207.290.000
Fondo Interventoría	\$ 537.000.000
Subtotal GASTOS ADMINISTRATIVOS	\$ 52.320.700
TOTAL PAGOS	\$ 1.796.010.700
UTILIDAD ( 6 )	\$ 104.823.200
TOTAL	\$ 1.900.833.900

En efecto, la Cláusula 32 estableció una fórmula de liquidación, y en la misma cláusula se estipuló que: "las partes aceptan que dentro de los montos acordados en los numerales anteriores se entienden incluidas las indemnizaciones mutuas por concepto de todo perjuicio derivado de la Terminación anticipada de este contrato, incluyendo pero sin limitarse a, daño emergente, lucro cesante, perjuicios directos e indirectos, presentes y futuros, pérdidas o interrupciones en los negocios y otros similares."

3. Para abundar en argumentación, se debe indicar que en el proceso no fue probada la utilidad dejada de percibir por no haberse podido ejecutar el contrato. Lo que existe es un dictamen financiero realizado por el experto JULIO A. VILLAREAL, el cual contempló en verdad un costo de oportunidad, por demás aproximado, dadas las falencias que el mismo experticio indica y la falta de entrega de información idónea por la parte convocante, lo cual llevó al experto a efectuar una aproximación con el objeto de dar luces sobre el particular pero dejando a salvo la decisión del Tribunal en lo que a

esto respecta. En este punto, entonces, resulta útil recordar lo dicho por el doctor Villarreal: "A pesar de la gestión realizada, los documentos que fueron suministrados no permiten extraer la información necesaria para calcular la rentabilidad dejada de percibir por el concesionario (objetivo principal de la pregunta que fue formulada en el dictamen pericial). Lo anterior, debido a que el modelo financiero entregado por el consorcio Mi Valle se encuentra impreso y fraccionado en múltiples páginas, lo que imposibilita su reconstrucción. Adicionalmente, las hojas no se encuentran numeradas, hecho que impide el correcto seguimiento de las cuentas de interés para realizar la valoración correspondiente. Por otro lado, no todas las filas tienen un nombre o algún indicador que permita identificar a qué rubro corresponden dichos valores, lo cual dificulta aún más el análisis y podría conllevar fácilmente a errores graves de interpretación de los conceptos y montos de dinero relacionados con el cálculo en cuestión. Lo anterior no es aconsejable en aras de proveer a la justicia pericial un resultado robusto y confiable."

#### **4.5. DESCUENTOS TRIBUTARIOS.**

##### **a) Postura de las Partes.**

Esta salvedad, se presenta a manera de pretensión de la siguiente manera:

*"1.- Que se ordene reintegrar al contratista la sumas descontadas del valor total de la liquidación contenida en el artículo segundo del acta de terminación y liquidación del 22 de diciembre, dado que el pago realizado con fundamento en dicho documento corresponde a un reembolso (sic) de los gastos en que incurrió el Concesionario durante la vigencia del contrato y no corresponde a una contraprestación económica las cuales se estiman en un total de CIENTO SESENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS (\$165.425.444) M/CTE"*

La parte convocada adujo sobre este particular la existencia de la cláusula 47 en cuya virtud estarán a cargo del contratista el pago de todos los impuestos, tasas y contribuciones, agregando que:

*"En relación con esta pretensión, reiteramos lo manifestado en su momento en la contestación de la demanda en el sentido en que el fundamento jurídico de estas deducciones se encuentra en la Ordenanza 201 de diciembre de 2010 "Por medio de la cual se establece el estatuto tributario departamental" y las Ordenanzas 215 de 2005 y 242 de 2008, en virtud de las cuales estos descuentos deben hacerse siempre que exista un documento en donde conste una obligación del Departamento.*

(...)

*Por último, es preciso hacer referencia al Concepto del 14 de septiembre de 2011, con radicado número SC-0703, elaborado por Cecilia Tovar de Vargas quien se desempeñaba como Secretaria de Hacienda Y Crédito Público de la Gobernación del Valle del Cauca, concepto que fue debidamente aportado con la contestación de la demanda en donde se reitera lo aquí manifestado."*

#### **b) Posición del Tribunal.**

Para el estudio del asunto, el Tribunal partirá de lo consignado en la Cláusula 47 del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, en donde se acordó lo siguiente:

*"CLÁUSULA 47. IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES. Todos los impuestos, tasas o contribuciones establecidas o que establezcan la nación, las entidades territoriales o cualquier otra autoridad, y que se causen por la celebración, el perfeccionamiento, la ejecución, el cumplimiento, la terminación y/o liquidación de este Contrato, estarán a cargo del Concesionario."*

Por otro lado, los descuentos a los que hace mención la parte CONVOCANTE, el Tribunal los encuentran fundados en la Ordenanza 301 de diciembre de 2009 *"Por medio de la cual se establece el estatuto tributario departamental"* y las Ordenanzas 215 de 2005 y 242 de 2008, en virtud de las cuales estos descuentos deben hacerse siempre que exista un documento en donde conste una obligación del Departamento.

La Ordenanza 301 de diciembre de 2009, contempla lo siguiente:

***"Artículo 172.- Hecho generador.*** Constituye hecho generador los contratos de obra o la adición al valor de los existentes; las concesiones de construcción, mantenimiento y operaciones de vías de comunicación, terrestre o fluvial, puertos aéreos, marítimos o fluviales; las concesiones con el propósito de ceder el recaudo de sus impuestos o contribuciones, que suscriban las personas naturales o jurídicas con entidades de derecho público de orden departamental.

***Parágrafo.*** En virtud del Artículos 48 de la Constitución Política de Colombia, que dispone que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ellas, y de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en el sentido de que los recursos destinados a seguridad social no pueden estar sometidos a gravámenes o imposiciones que disminuyan su monto, en detrimento de la salud y la educación; se exceptúa de la contribución los contratos de obra dirigidos al sector de la salud o de la educación.

***Artículo 173.- Sujeto pasivo.*** Las personas naturales o jurídicas que suscriban contratos gravados con esta contribución.

*Los socios, copartícipes y asociados de los consorcios y uniones temporales, que celebren los contratos a que se refiere el artículo anterior, responderán solidariamente por el pago de la contribución.*

***Parágrafo.-*** En los casos en que las entidades públicas suscriban convenios de cooperación con organismos multilaterales, que tengan por



*objeto la construcción de obras o su mantenimiento, los subcontratistas que los ejecuten serán sujetos pasivos de esta contribución.*

**Artículo 174.- Causación.** *La contribución se causa en el momento en que la entidad pública suscribe u otorga el contrato de obra pública o de concesión.*

**Parágrafo.-** *Conforme a lo dispuesto por el Artículo 1° del Decreto Reglamentario 3461 del 11 de septiembre de 2007, la contribución se causará sólo en aquellos casos en que los contratos con entidades públicas o con organismos multilaterales se suscriban como resultados de licitaciones o procesos de selección abiertos a la recepción de ofertas con posterioridad al 22 de diciembre de 2006.*

**Artículo 175.- Base gravable.** *Constituye la base gravable el valor total del contrato y sus adiciones en valor si las hubiere; en las concesiones la base gravable la constituye el valor total del recaudo bruto que genere la respectiva concesión."*

De esta manera, no es procedente el reintegro de las sumas pretendidas toda vez que fueron descontadas con fundamento en una ordenanza departamental y así mismo aceptada voluntariamente por el contratista en la cláusula 47 de Contrato de Concesión 0003 de 2009.

Con base en lo dicho en estos apartes del laudo, se denegarán las pretensiones segunda declarativa (incumplimientos por no entrega de predios y no dar la orden de trasladar aportes); cuarta declarativa (no remuneración de gastos y erogaciones incurridas por el actor); condenatoria número uno (devolución de retención); condenatoria número 2 (utilidad esperada); condenatoria número 3 en sus numerales 3.1. (Valor de diseños) y 3.2. (Comisión de éxito) y condenatorias 4, 5 y 6.

Apoyados en lo dicho, el Tribunal declarará probadas las siguientes excepciones propuestas en la Contestación de la Demanda de la Convocada, así:

1. Falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre las pretensiones quinta declarativa y subsidiarias primera y segunda de la quinta declarativa (ineficacia, nulidad o inexistencia e inaplicabilidad de la cláusula 32 del contrato de Concesión No. 0003 de 2010). Lo anterior por cuanto con la modificación de la cláusula compromisoria por el acta de terminación y liquidación, el Tribunal solo es competente para conocer de las expresas salvedades incluidas en el considerando número 29 y en el artículo tercero de dicha acta, dentro de las cuales no está lo relativo a la estipulación contractual señalada.
2. **La Cláusula Compromisoria fue modificada de mutuo acuerdo en el *Acta de Terminación y Liquidación* del 22 de diciembre del año 2011.** El Tribunal ha dejado sentada su postura acerca de la evidente modificación de que fue objeto la cláusula compromisoria, contenida en la estipulación sexta del Contrato de Concesión No. 0003 de 2010.
3. **El Tribunal Arbitral no puede pronunciarse sobre la pretensión quinta declarativa –y sus subsidiarias-, por existir cosa juzgada material, por virtud del acuerdo transaccional contenido es el *Acta de Terminación y Liquidación* del 22 de diciembre de 2011.** Esta excepción prospera por las mismas razones que tuvo en cuenta para la prosperidad de la primera excepción.

#### **5. COSTAS.**

El asunto bajo cuestión, será resuelto por el Tribunal a la luz de lo preceptuado en el Artículo 178 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, el cual es del siguiente tenor:

*"ARTICULO 171. CONDENAS EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida*

*en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."*

En el presente caso, observa el Tribunal que las partes actuaron con lealtad procesal y que no se evidencia una temeridad en la acción incoada, motivos por los cuales no condenará en costas.

## CAPITULO VIII

### DECISIÓN

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre la convocante **ÁVILA LTDA, C & C ARQUITECTURA E INGENIERIA S.A Y H&H ARQUITECTURA S.A (EN REESTRUCTURACIÓN), SOCIEDADES INTEGRANTES DEL CONSORCIO MI VALLE** y la convocada **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA**, mediante decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO.-** Declarar imprósperas las objeciones propuestas por la parte convocada en contra del Dictamen Financiero elaborado por el perito **JULIO ERNESTO VILLARREAL NAVARRO**.

**SEGUNDO.-** Declarar probadas las excepciones propuestas en la Contestación de la Demanda.

**TERCERO.-** Denegar todas las pretensiones de la Demanda.

**CUARTO.-** Entiéndanse causados los honorarios fijados a los peritos **JULIO ERNESTO VILLARREAL NAVARRO** y **GUSTAVO PERRY** en el Auto N° 21 del 19 de noviembre de 2013 (Acta N° 11) y, en consecuencia, la parte convocante deberá proceder a su pago.

**QUINTO.-** Expídase por secretaría copia de este Laudo a cada una de las partes y al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali.

**SEXTO.-** Ordénese la protocolización del expediente contentivo del presente trámite arbitral en una Notaría del Círculo Notarial de esta ciudad de Cali.

**SEPTIMO.-** Por la Presidencia del Tribunal una vez ejecutoriada la presente providencia y protocolizado el expediente, hacer entrega del saldo de la cantidad consignada por concepto de gastos, si lo hubiere.

**EL PRESENTE LAUDO QUEDA NOTIFICADO A LAS PARTES EN  
ESTRADOS. CUMPLASE.**



**EDMUNDO DEL CASTILLO RESTREPO**  
Presidente



**RICARDO HOYOS DUQUE**  
Árbitro



**LUIS GUILLERMO DAVILA VINUEZA**  
Árbitro



**LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO**  
Secretario