

TRIBUNAL ARBITRAL DE UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA. vs. MUNICIPIO DE YOPAL

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., Quince (15) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

Agotadas las etapas procesales previstas en el Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2016), el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias jurídicas entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** y el **MUNICIPIO DE YOPAL**, en relación con el Contrato de Concesión No. 0017 suscrito el 24 de febrero de 2000, profiere el presente laudo arbitral:

1. ANTECEDENTES

1.1 PARTES Y REPRESENTANTES

1.1.1 Parte convocante

La parte convocante en este proceso es la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, integrada por **PROYECTOS S.A.**, persona jurídica de derecho privado, identificada con NIT 890.406.494-8, y **EPNE LTDA.**, persona jurídica de derecho privado, identificada con NIT. 830.040.992-3. Al momento de presentarse la demanda, su representante legal era la señora **INÉS IVETTE ROJAS VILLAMIZAR**, identificada con cédula de ciudadanía No. 38'235.840, y su apoderado, el abogado **JUAN JOSÉ PARADA HOLGUÍN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 91'289.119 y portador de la tarjeta profesional No. 79.104.

1.1.2 Parte convocada

La parte convocada en este proceso es el **MUNICIPIO DE YOPAL**, persona jurídica de derecho público identificada con NIT 891.855.017-7. Al momento de presentarse la contestación de la demanda, su representante legal era el señor Alcalde de Yopal, **RENÉ LEONARDO PUENTES VARGAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 74'860.695, y su apoderado, el abogado **YACETH DAVID SUÁREZ ACEVEDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7'184.490 y portador de la tarjeta profesional No. 298.319. Posteriormente, el abogado **SUÁREZ ACEVEDO** fue sustituido por la abogada **BLANCA YADIRA PIÑEROS TORRES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 23'415.014 y portadora de la tarjeta profesional No. 156.366.

1.2 EL PACTO ARBITRAL



El pacto arbitral que sirve de fundamento a este proceso arbitral está contenido en la CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA del Contrato de Concesión No. 0017 celebrado el 24 de febrero de 2000 entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** y el **MUNICIPIO DE YOPAL**. En dicha cláusula se dispuso:

“Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, en relación con la ejecución del mismo y no fuere posible llegar a un Acuerdo, este se someterá a un Tribunal de arbitramento, cuyo domicilio será el Municipio de Yopal y conformación se sujetara a las normas del Código de Comercio. Los arbitramentos que ocurrieren se regirán por lo dispuesto en el decreto 2279 de 1991, en la ley 23 de 1991 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia”.

1.3 ACTUACIONES PROCESALES

1.3.1 Conformación e instalación del Tribunal Arbitral

1.3.1.1 El 16 de noviembre de 2017 la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA del Contrato de Concesión No. 0017 suscrito el 24 de febrero de 2000, presentó demanda arbitral ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Casanare en contra del **MUNICIPIO DE YOPAL**.

1.3.1.2 En atención al artículo 8º de la Ley 1563 de 2012¹ y ante la falta de acuerdo entre las partes sobre la designación de los árbitros, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Casanare llevó a cabo un sorteo el 14 de diciembre de 2017, en el que resultaron elegidos como árbitros principales **JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS, MARIO ALFONSO SARMIENTO MARTÍN** y **JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ**, y como árbitros suplentes, **SAMUEL YONG SERRANO, FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES** y **PEDRO ANTONIO CHAUSTRE HERNÁNDEZ**.

1.3.1.3 Los árbitros principales **JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS** y **MARIO ALFONSO SARMIENTO MARTÍN** aceptaron su designación dentro del término de cinco (5) días señalado en el numeral 1º del artículo 14

¹ Ley 1563 de 2012, artículo 8º, inciso 1º: “Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista”.

de la Ley 1563 de 2012. El árbitro principal **JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ**, por su parte, guardó silencio, razón por la cual se nombró en su reemplazo al árbitro suplente **SAMUEL YONG SERRANO**, quien aceptó su designación oportunamente.

1.3.1.4 Ninguna de las partes objetó la designación de los árbitros dentro del término de cinco (5) días previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

1.3.1.5 El 16 de febrero de 2018 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral. En esta audiencia se dictó el Auto No. 1 en el cual se nombró como Presidente del Tribunal al árbitro **SAMUEL YONG SERRANO**. También se nombró como Secretaria Principal a **MARÍA PATRICIA ZULETA GARCÍA**, y como Secretario Suplente a **JEISSON ALIRIO CÁRDENAS ORDUZ**.

1.3.1.6 Debido a que la Secretaria Principal no aceptó su designación, la reemplazó el Secretario Suplente, quien tomó posesión de su cargo el 13 de marzo de 2018.

1.3.2 Admisión de la demanda arbitral, contestación de la demanda por parte de la convocada, y contestación de excepciones y de la objeción al juramento estimatorio por parte de la convocante

1.3.2.1 En la misma audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, se dictó el Auto No. 2 que inadmitió la demanda y concedió a la parte convocante, **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, un término de cinco (5) días hábiles para subsanarla.

1.3.2.2 La parte convocante subsanó su demanda y por este motivo el Tribunal la admitió mediante Auto No. 3 del 13 de marzo de 2018, ordenando correr traslado de la misma a la parte convocada, **MUNICIPIO DE YOPAL**.

1.3.2.3 El 23 de mayo de 2018 la parte convocada, contestó la demanda dentro del término legal.

1.3.2.4 Por Auto No. 4 del 25 de mayo de 2018, el Tribunal ordenó dar traslado a la parte convocante de la contestación de la demanda presentada por la parte convocada.

1.3.2.5 El 30 de mayo de 2018, el apoderado de la parte convocante solicitó al Tribunal tomar "las decisiones que en derecho correspondan" debido a errores en la contabilización de términos contenidos en el Informe Secretarial del Acta No. 4 del 25 de mayo de 2018.

1.3.2.6 Por Auto No. 5 del 31 de mayo de 2018, el Tribunal aclaró los términos a los que aludió el Informe Secretarial del Acta No. 4 del 25 de mayo de 2018 y volvió a correr traslado de la contestación de la demanda a la parte convocante.

1.3.2.7 El 11 de junio de 2018 la parte convocante se pronunció frente a la contestación de la demanda presentada por la parte convocada.

1.3.3 Audiencia de conciliación y pago de honorarios y gastos

1.3.3.1 Por Auto No. 6 del 14 de junio de 2015 se fijó el 26 de junio de 2018 como fecha de la audiencia de conciliación.

1.3.3.2 El 26 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia la audiencia de conciliación pero no fue posible que las partes acercaran sus posiciones y llegaran a un acuerdo, motivo por el cual el Tribunal procedió a dictar dos autos, el No. 7 que declaró fallida la conciliación y el No. 8 que fijó los honorarios y gastos del proceso arbitral.

1.3.3.3 Dentro del término inicial de diez (10) días concedido a las partes para que consignaran por mitades los honorarios y gastos, la parte convocante consignó lo que le correspondía mientras que la parte convocada se abstuvo de hacerlo. Ante esto, la parte convocante, dentro del término adicional de cinco (5) días previsto en el inciso 2º del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, consignó la parte de los honorarios y gastos del proceso arbitral que debía consignar la parte convocada.

1.3.4 Primera audiencia de trámite

1.3.4.1 Por Auto No. 9 del 19 de julio de 2018 se señaló el 30 de julio de 2018 como fecha para la primera audiencia de trámite.

1.3.4.2 En la primera audiencia de trámite el Tribunal Arbitral, después de analizar la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes, y las pretensiones formuladas por la parte convocante, dictó el Auto No. 10 declarándose “competente para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, y el **MUNICIPIO DE YOPAL**, planteadas en la demanda arbitral”.

1.3.4.3 Contra el auto anterior interpusieron recurso de reposición tanto la parte convocada como el **MINISTERIO PÚBLICO**. El Tribunal los resolvió en la misma audiencia dictando el Auto No. 11 que negó por infundados los recursos interpuestos.

1.3.4.4 Al final de la primera audiencia de trámite, el Tribunal Arbitral dictó el Auto No. 12 concerniente a las pruebas pedidas por las partes.

1.3.5 Etapa probatoria

1.3.5.1 DOCUMENTOS

1.3.5.1.1 Por Auto No. 12 del 30 de julio de 2018 el Tribunal Arbitral admitió “como pruebas documentales las aportadas por las partes con la demanda y con la contestación de la demanda”.

1.3.5.1.2 Durante el transcurso de la audiencia llevada a cabo el 28 de enero de 2019, en la que se interrogó al perito **RAFAEL HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ** de conformidad con el inciso 5º del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, la apoderada de la parte convocada entregó una documentación compuesta por treinta y ocho (38) folios, dejándose constancia en el acta de la audiencia que se le daría el tratamiento procesal y probatorio establecido en el Código General del Proceso.

Teniendo en cuenta que la parte convocada tuvo la oportunidad de presentar pruebas cuando contestó la demanda arbitral, y que en el Auto No. 12 del 30 de julio de 2018 ya se había resuelto sobre las pruebas solicitadas por las partes, a este Tribunal no le queda otro camino que considerar extemporánea la prueba documental presentada por la parte convocada el 28 de enero de 2019 durante la audiencia de interrogatorio al perito **RAFAEL HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ**, en consecuencia, se abstendrá de conceder a dicha prueba cualquier valor probatorio, de conformidad con el inciso 1º del artículo 173 del Código General del Proceso, que dice:

“Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código”.

1.3.5.2 TESTIMONIOS

1.3.5.2.1 En el Auto No. 12 del 30 de julio de 2018, por petición de la parte convocante, fueron citadas a declarar las siguientes personas: **HENRY PATINO, ALEX ESTEBAN RODRÍGUEZ, HUMBERTO CORDERO, NELSON NADIN NIETO, FERNANDO GONZALEZ GUEVARA Y MARTHA EDDY MOJICA RAMIREZ.**

1.3.5.2.2 El 10 de agosto de 2018 rindieron testimonio los señores **HENRY PATINO, FERNANDO GONZALEZ GUEVARA Y NELSON NADIN NIETO.**

1.3.5.2.3 El mismo 10 de agosto de 2018 el apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios que rendirían los señores **ALEX ESTEBAN RODRÍGUEZ, HUMBERTO CORDERO Y MARTHA EDDY MOJICA RAMIREZ.**

1.3.5.3 OFICIOS

1.3.5.3.1 En el Auto No. 12 del 30 de julio de 2018 se ordenó, por petición de la parte convocante, oficiar “al Grupo Energía Delta, Interventor del Contrato de Concesión No. 0017 celebrado el 24 de febrero de 2000 entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** y el **MUNICIPIO DE YOPAL,** ‘con el fin de que haga llegar al Tribunal de Arbitramento los informes de ejecución contractual del contrato objeto de demanda, principalmente a partir de noviembre de 2011 y hasta su finalización presentados tanto a la Municipio de Yopal - Alcaldía, como a la supervisión del contrato Secretaria de Obras Públicas, así como toda la documentación, incluyendo pero sin limitarse, a las comunicaciones intercambiadas entre la Alcaldía, la Secretaría de Obras, el Concesionario y demás partes integrantes del presente contrato”.

1.3.5.3.2 En el Auto No. 12 del 30 de julio de 2018 también se ordenó, por petición de la parte convocante, oficiar “a la Secretaría de Obras Públicas de Yopal, Supervisor del Contrato de Concesión No. 0017 celebrado el 24 de febrero de 2000 entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** y el **MUNICIPIO DE YOPAL,** ‘con el fin de que haga llegar los informes de supervisión al Tribunal de Arbitramento, específicamente los informes de supervisión contractual del contrato objeto de demanda, partir de noviembre de 2011 y hasta su finalización, presentados al Municipio de Yopal -Alcaldía, así como toda la documentación, incluyendo pero sin limitarse, a las comunicaciones intercambiadas entre la Alcaldía, la Secretaría de Obras, el Concesionario y demás partes integrantes del presente contrato”.

1.3.5.3.3 Los dos oficios antes mencionados fueron elaborados por el Secretario y entregados para su trámite al apoderado de la parte convocante el 31 de julio de 2018.

1.3.5.3.4 La respuesta al oficio que se envió al Grupo Energía Delta llegó el 10 de agosto de 2018.

1.3.5.3.5 La respuesta de la Secretaría de Obras Públicas de Yopal se radicó el 29 de agosto de 2018.

1.3.5.4 DICTAMEN PERICIAL



1.3.5.4.1 En su Auto No. 12 del 30 de julio de 2018, el Tribunal, de conformidad con el artículo 227 del Código General del Proceso, concedió a la parte convocante un término de quince (15) días para presentar el dictamen pericial técnico y financiero que había anunciado en su demanda.

1.3.5.4.2 El 21 de agosto de 2018 el apoderado de la parte convocante presentó su dictamen pericial técnico y financiero.

1.3.5.4.3 Por Auto No. 14 del 23 de agosto de 2018 se dio traslado a la parte convocada del dictamen pericial técnico y financiero presentado por la parte convocante.

1.3.5.4.4 El 6 de septiembre de 2018 la apoderada de la parte convocada solicitó "la ampliación del término otorgado para la solicitud de las aclaraciones o complementaciones, o en su defecto para la presentación de un nuevo dictamen", a lo cual accedió el Tribunal por Auto No. 15 del 6 de septiembre de 2018.

1.3.5.4.5 El 24 de septiembre de 2018 la apoderada de la parte convocada, con fundamento en el inciso 4º del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, solicitó aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial técnico y financiero presentado por la parte convocante.

1.3.5.4.6 Por Auto No. 16 del 26 de septiembre de 2018 se dio traslado al perito **RAFAEL HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ** de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la parte convocada, para que en un término de diez (10) días presentara un informe dándoles respuesta.

1.3.5.4.7 El 8 de octubre de 2018 el perito **RAFAEL HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ** solicitó la ampliación del anterior término debido a que se encontraba por fuera del país.

1.3.5.4.8 En atención a que el 16 de octubre de 2018 las partes solicitaron la suspensión del proceso por un mes, el Tribunal, mediante Auto No. 17 del 22 de octubre de 2018, suspendió el proceso hasta el 22 de noviembre de 2018 y determinó que a partir de esta fecha se contaría el término de diez (10) días para que el perito presentara su informe dando respuesta a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la parte convocada.

1.3.5.4.9 El 4 de diciembre de 2018 se allegó al proceso la respuesta del perito a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por la parte convocada.

1.3.5.4.10 El 28 de enero de 2019 se llevó a cabo la audiencia prevista en el inciso 5º del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012. A la audiencia asistió el

perito **RAFAEL HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ** quien contestó las preguntas de los miembros del Tribunal, de las partes y del representante del **MINISTERIO PÚBLICO**.

1.3.6 Alegatos de las partes, concepto del Ministerio Público y fijación de fecha para lectura de la parte resolutive del Laudo

1.3.6.1 En audiencia celebrada el 5 de febrero de 2019, el Tribunal Arbitral escuchó las alegaciones de las partes y el concepto del Ministerio Público sobre el litigio. Tanto las alegaciones de las partes como el concepto del Ministerio Público, fueron incorporados al expediente por escrito.

1.3.6.2 Por Auto No. 22 del 7 de marzo de 2019 se fijó el 15 de marzo de 2019 como fecha para la lectura de la parte resolutive del Laudo Arbitral.

1.3.7 Término de duración del proceso

Por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013, el término de duración del presente proceso no debió ser mayor a 6 meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. No obstante, el proceso fue suspendido dos veces por solicitud de las partes, suspensiones a las que accedió el Tribunal en los siguientes autos:

Auto que decretó la suspensión	Fecha de inicio de la suspensión	Fecha final de la suspensión	Meses de suspensión
No. 17 del 22 de octubre de 2018	22 de octubre de 2018	22 de noviembre de 2018	1
No. 20 del 19 de diciembre de 2019	19 de diciembre de 2019	19 de enero de 2019	1
TOTAL MESES DE SUSPENSIÓN			2

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite fue celebrada el 30 de julio de 2018, el presente proceso no debió extenderse más allá del 30 de enero de 2018, sin embargo, como el proceso fue objeto de dos suspensiones que en total sumaron dos meses, el término de duración del presente proceso vencería el 30 de marzo de 2019.

Lo anterior significa que el presente Laudo Arbitral se profiere dentro del término establecido por la ley.

2. FIJACIÓN DEL LITIGIO

2.1 LA DEMANDA ARBITRAL

2.1.1 Pretensiones

En su demanda arbitral presentada el 16 de noviembre de 2017, subsanada mediante escrito presentado el 22 de febrero de 2018, la parte convocante sometió a consideración del Tribunal las siguientes pretensiones:

“CAPÍTULO TERCERO

“DECLARACIONES, PRETENSIONES Y CONDENAS

“I. DECLARACIONES:

“1. Que se declare que la entidad contratante ha incumplido para con mi poderdante con su obligación contractual de pago, conforme a lo estipulado en la cláusula décima del contrato – RETRIBUCION FORMA Y CONDICIONES DE PAGO, y conforme a lo acordado en la transacción de fecha 07 de diciembre de 2011.

“La anterior declaración se solicita, toda vez que la entidad contratante no procedió con el pago en los plazos acordados, de las obligaciones dinerarias por concepto de capital contenidas en cada uno de los rubros establecidos en el flujo de caja que se elaboró como soporte financiero para la suscripción del acuerdo transaccional del 7 de diciembre de 2011.

“2. Que se declare que la entidad contratante ha incumplido para con mi poderdante con su obligación de reconocimiento y pago de los intereses de mora que se han causado por el no pago en los plazos establecidos de los rubros que integran el flujo de caja por concepto de capital.

“3. Que se declare que conforme al no pago oportuno de: (i) Los rubros del flujo de caja citado por concepto de capital, y (ii) el no reconocimiento y pago de interés de mora, se generó para el Contratista un desequilibrio económico del contrato, el cual debe ser restablecido por la Entidad Contratante, procediendo al pago efectivo de los valores que se describen en las pretensiones y condenas de esta demanda. Lo anterior para efectos de no generarle cargas imposibles de asumir al concesionario, las cuales no tiene el deber legal de soportar.

“Que como consecuencia de las anteriores declaraciones solicitamos el reconocimiento de las siguientes:

“II. PRETENSIONES Y CONDENAS

- “1. Solicitamos al Tribunal se ordene pagar a la parte convocada y a favor de mi poderdante, la suma de **MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS COP (\$1.598.370.697)**, que se dejó de pagar **por concepto de capital** de los rubros que conforman el flujo de caja que sirvió de soporte financiero del acuerdo transaccional de fecha diciembre 7 de 2011.
- “2. Solicitamos al Tribunal se ordene pagar a la parte convocada y a favor de mi poderdante sobre la suma por concepto de capital a que se refiere la pretensión primera anterior, **intereses de mora**, los cuales se han causado desde día 1 de diciembre de 2011 (fecha en la cual se hizo exigible el pago las obligaciones por concepto de capital contenidas en el flujo de caja que sirvió de soporte financiero para la celebración del acuerdo de transacción citado), y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago total de la obligación por concepto de capital.
- “3. Solicitamos al Tribunal que debido a que no se ha iniciado el proceso de liquidación del Contrato, se adelante la mencionada liquidación ante el Tribunal Arbitral.
- “4. Solicitamos al Tribunal que las sumas reclamadas por concepto de capital e intereses moratorios sean indexadas conforme a las normas legales.
- “5. Solicitamos al Tribunal se condene al MUNICIPIO DE YOPAL al pago de las costas y agencias en derecho, las cuales deben tasarse conforme lo previsto en Código General del Proceso”.

2.1.2 Hechos en los que se fundamentaron las pretensiones de la demanda arbitral

La parte convocante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

- “4.1. **DE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO RELACIONADOS CON EL PROCESO DE SELECCIÓN Y LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 0017 DE 2000**

- “4.1.1. Mediante resolución motivada No. 2526 del 21 de diciembre de 1999 se abrió la licitación Pública No. 005 de 1999 de la Alcaldía Municipal de Yopal en la cual se establecieron las condiciones particulares sobre la contratación por el sistema de concesión, la operación, el mantenimiento, el cambio de tecnología y la expansión del sistema de alumbrado público del Municipio.
- “4.1.2. El régimen jurídico aplicable al proceso de licitación y consecuente contrato establecido fue el Estatuto General de la Contratación, la Ley 142 y 143 de 1994 y la resolución 042 de 1995 y 043 del 24 de junio de 1996 de la Comisión Nacional de Regulación de Energía y Gas CREG, las recomendaciones del INEA y la Resolución No. 81132 de junio 3 de 1996 del Ministerio de Minas y Energía y las normas técnicas para el sector fabricante de elementos eléctricos para el alumbrado público.
- “4.1.3. Dentro de la estructura de la licitación se establecieron los requisitos financieros, siendo uno de ellos el flujo de Caja, el cual debía ser presentado por cada proponente, dicho análisis financiero debía contener como mínimo:
- “A. Inversión:
- “• Cambio de tecnología (repotenciación)
 - “• Expansión y reposición
 - “• Software de soporte técnico, operativo y administrativo
- “B. Financiación:
- “• Recursos de capital
 - “• Recursos de crédito de la banca local
 - “• Recursos del proponente
- “C. Ingresos:
- “• De la operación
 - “• Rendimientos financieros

“D. Costos y gastos:

- “• Suministro de energía
- “• Mantenimiento y operación del sistema de alumbrado público
- “• Inventarios (Inicial y periódicos)
- “• Administración
- “• Equipos y herramientas
- “• Pre-operativos
- “• Facturación y recaudo
- “• Manejo de cartera
- “• Interventoría
- “• Financieros (incluye comisiones fiduciaria)

“E. Impuestos, tasas y contribuciones

- “• Se debe incluir cálculo para el pago de impuestos locales, nacionales y especiales que se encuentren vigentes a la presentación de la oferta.
 - “• Debe presentarse en precios corrientes, para lo cual el proponente establecerá las variables necesarias.
 - “• Los ingresos de la concesión son los que resulten de aplicar lo establecido en el Acuerdo No. 040 de Diciembre 6 de 1999 del Consejo del Municipio de Yopal.
 - “• Para efectos de evaluación la tarifa inicial de referencia del costo de energía será de 120 / kwh.
- “4.1.4. En desarrollo de lo anterior, el proponente debía suscribir un contrato con una sociedad fiduciaria para la administración de los recursos de la concesión.
- “4.1.5. El Municipio de Yopal retribuiría al concesionario el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento, cambio de

tecnología y expansión incluido el valor del consumo de energía de alumbrado público con los recaudos de la tasa de alumbrado público, de acuerdo con las disposiciones y autorizaciones legales establecidas vigentes.

- “4.1.6. Las prioridades de pago establecidas en la prestación del servicio serían: en primer lugar el pago del costo del suministro de la energía necesaria para la prestación del servicio, facturación, y recaudo; en segundo lugar los costos por interventoría y los excedentes deberán ser girados al concesionario.
- “4.1.7. La UNION TEMPORAL PROYECTOS S.A. – EPNE LTDA., participó como oferente el proceso licitatorio No. 005 de 1999; presentando propuesta económica en los términos señalados en los pliegos de condiciones.
- “4.1.8. El contrato de CONCESIÓN No. 017 de 2000 fue adjudicado a la UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. y EPNE LTDA., según resolución No. 312 del 21 de febrero de 2000, cuyo objeto fue LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE QUE INCLUYE LA ENTRE OTROS EL SUMINISTRO DE LA ENERGÍA NECESARIOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, EL MANTENIMIENTO, LA OPERACIÓN, LA EXPANSIÓN Y EL CAMBIO DE TECNOLOGÍA ALUMBRADO PUBLICO, EN FIN TODO LO INHERENTE Y RELACIONADO CON EL SERVICIO DE ALUMBRADO PÚBLICO EN EL PERÍMETRO URBANO Y EL ÁREA RURAL COMPRENDIDA EN LA JURISDICCIÓN DEL MUNICIPIO DE YOPAL, de conformidad con los requisitos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. 005 de 1999 y la propuesta presentada por el concesionario.
- “4.1.9. La cuantía del contrato fue INDETERMINADA pero DETERMINABLE. Su valor final será el resultante de lo registrado en el cuadro de flujo financiero proyectado, su valor se ajustará, teniendo en cuenta los parámetros dispuestos en la Propuesta del Concesionario.
- “4.1.10. La retribución y condiciones de pago quedó pactada en la CLÁUSULA DECIMA.

“CLÁUSULA DÉCIMA – RETRIBUCIÓN Y CONDICIONES DE PAGO:

“EL CONCEDENTE retribuirá a el CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento, del cambio de tecnología de la expansión del contrato de concesión, incluido el valor del consumo de alumbrado público si es suministrado por él, con el recaudo del servicio de alumbrado público, el cual será facturado por la empresa EBSA S.A. ESP o quien haga la facturación o recaudo a nombre del Municipio de Yopal, recaudo que hará a través del sistema financiero local y administrado por la empresa fiduciaria designada por el CONCESIONARIO para el manejo de los fondos de esta concesión. PARAGRAFO SEGUNDO: EL CONCEDENTE cederá y pignoraré a favor del CONCESIONARIO los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, deduciendo los gastos del contrato interadministrativo (gastos de fiducia) y otros contenidos en los términos de referencia, durante el tiempo de vigencia del contrato y desde la fecha de la firma del mismo. En caso que el monto de lo recaudado no fuere suficiente para cumplir con lo establecido por EL CONCESIONARIO en su propuesta, el Municipio mantendrá el equilibrio financiero bien sea mediante ampliación del plazo de la concesión o haciendo el incremento tarifario que se requiera. En todo caso debe hacerse anualmente el análisis financiero con el fin de equilibrar el valor contractual previsto con el flujo financiero. De todos modos se deberá mantener la ecuación contractual tanto por el CONCEDENTE como para el CONCESIONARIO, este es el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos’ (subrayado y negrita fuera de texto).

- “4.1.11. El plazo de la ejecución del contrato de concesión se pactó en quince (15) años, conforme lo indica la CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA DURACIÓN DEL CONTRATO.

“CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA - DURACIÓN DEL CONTRATO.

“El plazo de la concesión es de QUINCE (15) AÑOS contados a partir de la fecha en que mediante acta, las partes fijen como iniciación del mismo, siempre y cuando se haya cumplido los requerimientos exigidos para su legalización.

- “4.1.12. Dentro del contrato no se pactó plazo para la liquidación del contrato, sin embargo en los términos de referencia de la licitación No. 005 de 1999 en el numeral 6.1.5. se pactó en tres

(3) meses contados a partir de la fecha de terminación del plazo para la ejecución de la Concesión.

“4.1.13. En la CLAUSULA TERCERA del Contrato 0017 de 2000 se establecieron los documentos integrantes del mismo, así como las reglas de prevalencia e interpretación de tales documentos, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA TERCERA- DOCUMENTOS DEL CONTRATO.

“Comprenden y forman parte integral del presente contrato los documentos que a continuación se relacionan:

“1 LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA de la licitación pública No. 005 de 1999, editado por el CONCEDENTE, además de todos los adendas correspondientes. 2* La oferta del CONCESIONARIO, en las partes aceptadas por el CONCEDENTE, incluidos todos sus anexos. 3* Las pólizas de garantías que se exigen en este contrato, debidamente aceptadas por el CONCEDENTE. 4* Las modificaciones del contrato serán acordadas por escrito entre las partes durante el desarrollo del mismo. 5* La comunicación escrita de EL CONCEDENTE a el CONCESIONARIO mediante la cual se le notifica la adjudicación. 6* EL FORMULARIO DE CANTIDADES Y PRECIOS. 7* EL FORMULARIO DE COSTOS DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO. En caso de discrepancias entre los diferentes documentos, se atenderá a lo dispuesto en ellos, en el siguiente orden: El contrato con sus convenios adicionales, EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA con sus adendos, la propuesta del CONCESIONARIO y los documentos mencionados. 9* EL CENSO ESTUDIO del alumbrado público del Municipio, elaborado por el Municipio en Noviembre de 1998, en cumplimiento de las normas vigentes recomendaciones para el alumbrado público de la EBSA S.A. ESP (...) 10* El contrato interadministrativo (...) 11* El acta de iniciación de los trabajos que contempla los plazos y cronogramas presentados en la propuesta’.*

“4.1.14. El día 04 de agosto de 2000 se suscribió el Acta de Inicio del Contrato No. 017 de 2000, fecha a partir de la cual comenzó a correr el plazo de quince (15) años previsto para su ejecución, de lo que resulta que la fecha de terminación del mismo fue el día 04 de agosto de 2015.

“4.1.15. El 12 de abril de 2007 se suscribió Acta Aclaratoria al Contrato 2013-14, por medio de la cual se aclaró que en casos de existir excedentes en el flujo de caja, este debe ser invertido por el concesionario en cambio de tecnología en el área rural y en expansión adicional la cual incluirá la construcción de redes e instalación de puntos lumínicos sin perjuicio a la expansión pactada en los pliegos de condiciones numeral 7.4., viñeta segunda, acápite Marco de referencia. Las obras, su localización y los precios unitarios deberán ser aprobados previamente por la interventoría.

“4.1.16. El numeral 7.4. MARCO DE REFERENCIA de las condiciones particulares de la licitación pública establece: *Los proponentes deberán tener en cuenta para la preparación de su oferta, los siguientes puntos específicos para la propuesta:*

“• *Las luminarias existentes, incandescentes, de luz mixta y de mercurio, se cambiarán por las de tecnología que representen ahorros sustanciales en el consumo de energía.*

“• *Se estima el crecimiento de la demanda en un 2.5% anual (se refiere a la cantidad de luminarias instaladas, el oferente de acuerdo con su criterio determinará la potencia de las mismas).*

“• *Se deberá garantizar a partir del segundo año de concesión una eficiencia mínima del 90% en el sistema de alumbrado público en el área de cobertura del Municipio.*

“• (...)”

“• *El inventario de luminarias está relacionadas en el anexo No. 1.*

“• *El área de la concesión se delimita en el anexo No. 2, que se adjunta al final de este capítulo.*

“• (...)”

“• *La expansión estimada para el primer año corresponde al 10% del número de luminarias actualmente instaladas.*

“(...)”

- “4.1.17. A partir de la fecha del acta de inicio, esto es el 04 de agosto de 2000, LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA., en calidad de concesionario dentro del contrato de CONCESIÓN No. 017 de 2000, dio inicio a cada una de las actividades inherentes al mismo, dando cabal cumplimiento a todas ellas.
- “4.1.18. Para el desarrollo del contrato de concesión el 15 de noviembre de 2000 el concesionario en calidad de fideicomitente suscribió el contrato de fiducia con Fiduifi S.A., para conformar el patrimonio autónomo que se denominaría ‘FIDEICOMISO UT YOPAL – FIDUIFI’.
- “4.1.19. La naturaleza del contrato fue una fiducia mercantil irrevocable de administración y fuente de pago, cuyo objeto fue: *‘CLAUSULA SEGUNDA.- OBJETO: El objeto del presente contrato de fiducia mercantil es la constitución del Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO UT YOPAL – FIDUIFI, para la administración financiera de los recursos provenientes del contrato de concesión de alumbrado público 0017 de 2000 celebrado entre el Municipio de Yopal y EL FIDEICOMITENTE en su calidad de concesionario y a favor de las entidades financieras de acuerdo con los términos previamente acordados con LA FIDUCIARIA, así como la realización de los pagos que el FIDEICOMITENTE le indique a la FIDUCIARIA en forma expresa, siempre y cuando dichos pagos no afecten los valores comprometidos a favor de terceros acreedores y para que la FIDUCIARIA como vocera del patrimonio autónomo garantice las obligaciones a cargo de EL FIDEICOMITENTE, y a favor de los BENEFICIARIOS’.*
- “4.1.20. Dentro del contrato de Fiducia en la CLAUSULA SEXTA se pactaron las obligaciones del FIDEICOMITENTE, entre otras las siguientes:
- “1. *‘Transferir por intermedio de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL S.A. E.S.P., y dentro de los cinco (5) días calendario siguientes al recaudo, los recursos provenientes de Alumbrado Público del Municipio de Yopal.*
- “(…).
- “2. *Presentar a LA FIDUCIARIA el flujo de caja aprobado por el Municipio, el cual hace parte integrante del presente contrato.*

LA FIDUCIARIA O LOS BENEFICIARIOS podrán solicitar ajustes al Flujo de Caja cuando quiera que el mismo en su condición de fuente de pago no cubra la provisión de las obligaciones adquiridas por el FIDEICOMITENTE.

“(...)”.

“4.1.21. EN LA CLAUSULA OCTAVA se pactaron las obligaciones de la FIDUCIARIA, entre ellas la siguiente:

“1. ‘Con los recursos disponibles efectuar los pagos que atiendan las tablas de amortización garantizadas con esta fuente de pago, para lo cual LA FIDUCIARIA efectuará la consignación de los recursos respectivos en las cuentas que para el efecto designen los BENEFICIARIOS’.

“4.1.22. Posteriormente, en el año 2004 y teniendo en cuenta que el recaudo de los recursos provenientes del impuesto por concepto de alumbrado público estaba siendo facturado y recaudado por empresas recaudadoras especializadas y no por el concesionario, se suscribió el OTROSI No. 1 que modificó las CLAUSULAS TERCERA Y SEXTA numeral 1:

“‘CLAUSULA TERCERA – TRANSFERENCIA – EL FIDEICOMITENTE se obliga a transferir por intermedio de empresas encargadas de hacer el recaudo de los recursos (Municipio de Yopal, EBSA ESP, CONENERGIA S.A. ESP y otros) (...)’.

“‘CLAUSULA SEXTA. NUMERAL 1. Transferir por intermedio de las empresas encargadas de hacer el recaudo (Municipio de Yopal, EBSA ESP, CONENERGIA S.A. ESP y otros) durante los cinco (5) días calendario siguientes al recaudo, los recursos provenientes de la concesión del servicio de Alumbrado Público del Municipio de Yopal (...)’.

“4.1.23. Finalmente al 14 de noviembre de 2006 se suscribió el OTROSÍ No. 3 con el fin de modificar la CLAUSULA SEXTA referente a los ajustes que se deben realizar al flujo de caja cada vez que se actualicen los inventarios.

“4.1.24. El contrato de Fiducia logró ser liquidado el 31 de marzo de 2017. Valga hacer la aclaración que FIDUIFI S.A. es hoy día FIDUAGRARIA S.A.

“4.1.25. Durante la ejecución del contrato se presentaron continuos desajustes económicos que perjudicaron al concesionario, lo que conllevó a que el contrato presentará un desequilibrio económico, por tal razón entre la entidad y el concesionario se suscribió una transacción en fecha 07 de diciembre de 2011, la cual se realizó a efectos de revisar el equilibrio económico del contrato y ajustarlo con el fin de garantizar la continua y eficiente prestación del servicio de conformidad con lo señalado en el numeral 8 de la ley 80 de 1993 y el inciso segundo del artículo 40 y el artículo 68 de la ley 80 del mismo estatuto de contratación. Dicha transacción subsanó el desequilibrio económico presentado desde el inicio del contrato hasta el mes de octubre de 2011.

“4.1.26. En el Contrato de transacción suscrito el 07 de diciembre de 2011 se acordó lo siguiente:

“1. *‘DEUDA POR GASTOS DE ADMINISTRACIÓN OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO.*

“A. Durante el periodo agosto de 2000 a abril del 2001 no hubo ingreso al concesionario, ver informe 2000 a 2003 de fecha mayo 16 de 2003 dirigido al Dr. Braulio Castelblanco Vargas Alcalde Municipal adjunto.

“B. De mayo del año 2001 a diciembre de 2004, los ingresos de la concesión fueron insuficientes (ver informe anexo), generando desequilibrio en el contrato con el incumplimiento del pago a Empresas Públicas de Medellín y a la Unión temporal por conceptos de consumo de energía y flujo de caja respectivamente.

“C. En el 2003 el Ministerio de Minas y Energía emite el decreto 1190 de mayo 12 de 2003 autorizando el pago de las deudas por concepto de suministro de energía eléctrica, incluyendo el alumbrado público a los departamentos y municipios, la circular 077 de 16 de diciembre de 2003 solicitando las certificaciones de deuda por el ente territorial a junio de 2002, y la ley 859 de diciembre de diciembre de 2003 estableciendo las condiciones para ceder a los recursos dispuestos (ver anexos MINIMNAS).

“D. Para el caso de la deuda del Municipio de Yopal a junio de 2002 y cumpliendo los requisitos exigidos en la ley 859 de 2003, (ver anexos MINMINAS).

“El Municipio certifica los siguientes valores:

“EPM Suministro de Energía capital \$110.240.861

“UT PROYECTOS S.A. EPNE LTDA capital \$357.364.441 intereses \$395.462.326

“El valor final de los intereses dando cumplimiento a la Ley 859 corresponde a \$197.731.163 a junio de 2002.

“E. En marzo del 2005 el Ministerio de Minas y Energía cancela parcialmente el acuerdo de pago contraído a través de la certificación de deuda firmada por el Municipio y aceptada por el Ministerio por valor de 60.96% del capital y deja constancia de que el resto de la deuda, es decir el valor de 39.04% del capital y los intereses deben ser cancelados por la entidad territorial (Ver anexo MINIMINAS).

“Valores cancelados en marzo de 2005

“EPM suministro de energía capital \$67.202.820

“UT Proyectos S.A. EPNE LTDA capital \$ 217.864.140

“F. Durante el año 2005 con recursos disponibles en la FIDUCIA y en el Municipio se cancela la deuda a EPM pero continua vigente la deuda con el concesionario.

“Saldo a cancelar a junio de 2002 del acuerdo de pago con el Ministerio de Minas y Energía es de:

“SALDO PENDIENTE POR CANCELAR DEUDA RECONOCIDA A JUNIO/02

“CIFRAS EN PESOS

“CAPITAL JUNIO DE 2002 \$139.500.301

“INTERESES CORRIENTES \$197.731.183

“TOTAL SALDO DEUDA A JUNIO 02 \$337.231.464

“VALOR DE LA DEUDA ACTUALIZADA

“SALDO CAPITAL ACTUALIZADO AL 2010
\$515.421.990 (ver cálculo de actualización)

“G. Mediante acuerdo de pago de 30 de diciembre de 2010 el municipio cancela capital de la deuda certificada por el doctor NELSON RICARDO MARIÑO alcalde municipal (2004-2007) y reconocida por el Ministerio de Minas y Energía a precios de 2022 (ver acuerdo de pago diciembre de 2010).

FECHA DE PAGO	V.R. RESOLUCION	V.R. PAGADO	V.R. DESCONTADO
Enero de 2011	305.400.000	278.165.680	27.234.320
Abril de 2011	31.831.464	29.444.105	2.387.359
Valor Total	337.231.464	307.609.785	29.621.679
Valor total saldo capital	178.190.526	207.812.205	

“La concesión manifiesta que del monto de los descuentos realizados al acuerdo de pago del 30 de diciembre de 2010 correspondiente a la suma de VEINTINUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTE UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS MLCTE (\$29.621.679), realizará la reclamación correspondiente ante la Secretaria de Hacienda, por tal razón el valor del saldo adeudado a cancelar es de:

“Valor del capital actualizado y ajustado a 2011
\$178.190.526

“Valor de los intereses junio 2002 a octubre de 2011
\$437.442.549

“Valor total adeudado a octubre de 2011 \$615.633.075

común acuerdo con el concesionario se condona la actualización e intereses de los pagos del año 2008).

- “ El valor restante \$1.030.278.000 (pesos 2009 y 2010) se actualiza a 2011, se calculan los intereses y se difiere el capital a partir del año 2012 en cuotas mensuales iguales hasta la terminación del contrato. Los intereses por este concepto son \$180.434.000.*

“En resumen el valor adeudado por concepto de intereses es de:

<i>“MINMINAS*</i>	<i>\$218.721.275</i>
<i>“Flujo del inversionista</i>	<i>\$180.434.000</i>
<i>“Valor Total:</i>	<i>\$399.155.275</i>

*“*Los intereses se calculan para el valor acordado a pagar en su totalidad y a partir de junio de 2002 según certificación de deuda ENTES TERRITORIALES por el doctor Nelson Ricardo Mariño Velandia y reconocida por el MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA, fecha en la que se establece el saldo final adeudado por el Municipio posterior al pago del Ministerio de Minas y Energía en marzo de 2005.*

“El Municipio establece en el acuerdo de pago firmado el 30 de diciembre de 2010 en la cláusula TERCERA EL SALDO RESTANTE. ‘En cuanto al saldo restante este es aquel que resulte de la liquidación de los intereses generando en cumplimiento del contrato 0017 de 2000 se cancelarán previa revisión y liquidación de los mismos’.

“3. Que con la derogatoria del impuesto de alumbrado público se generaron ciertas circunstancias económicas ajenas a la administración municipal y atribuibles a la corporación administrativa que afectaron el desarrollo del contrato de concesión; siendo de resaltar la labor adelantada por la actual administración para subsanar y normalizar el contrato.

“4. Que las partes acuerdan a través de la ejecución de obras de expansión del alumbrado público no contempladas en el contrato 017 de 2000 y de los pagos relacionados en los anteriores numerales, ajustar el equilibrio económico del contrato de concesión, salvo lo referente a las reclamaciones correspondientes a la Secretaría de Hacienda por concepto de descuentos efectuados en los pagos y depósitos a la fiducia las cuales el concesionario está en libertad de efectuar.

“Montos establecidos para la vigencia del contrato

“AÑO 2012 \$350.000.000

“AÑO 2013 \$360.000.000

“AÑO 2014 \$372.000.000

“AÑO 2015 \$190.000.000

“Las obras a ejecutar incluyen diseño, construcción de redes e instalación de puntos lumínicos sin perjuicio a la expansión pactada en los pliegos de condiciones, numeral 7.4 viñeta segunda acápite marco de referencia. Las obras, su localización y los precios unitarios deberán ser aprobados previamente por la administración municipal para lo cual se harán los ajustes que correspondan’.

“EL FLUJO DE CAJA FORMA PARTE INTEGRAL DEL ACTA DE TRANSACCIÓN APROBADO POR LA ENTIDAD. (Se adjunta acta de transacción con su respectivo flujo de caja).

“4.1.27. Una vez subsanado el desequilibrio económico presentado hasta el mes de octubre de 2011 y con base en la transacción suscrita en fecha 07 de diciembre de 2011 y de acuerdo a la cláusula decima del contrato, la entidad contratante debía cumplir con su obligación de pago del flujo de caja que fundamentó desde el punto de vista financiero el Acuerdo Transaccional referido.

“4.1.28. No obstante, la entidad contratante no dio cumplimiento a su obligación contractual de pago, CLAUSULA DÉCIMA – RETRIBUCIÓN FORMA Y CONDICIONES DE PAGO, por

cuanto los rubros del flujo de caja no fueron pagados oportunamente al concesionario ni tampoco fueron actualizados, incumpléndose el contrato de transacción.

- “4.1.29. Como consecuencia de lo anterior, el concesionario al no recibir el pago oportuno en las fechas establecidas de los rubros del flujo de caja ni al serle reconocida ni pagada la actualización de los mismos, éste sufrió nuevamente un desequilibrio económico del contrato, que no tiene el deber de soportar y por lo tanto le está ocasionando graves perjuicios económicos.
- “4.1.30. El concesionario envió varias comunicaciones (ver capítulo de pruebas) al MUNICIPIO DE YOPAL Y A LA SECRETARIA DE OBRAS PÚBLICAS, solicitando la entidad procediera con el pago oportuno en las fechas establecidas así como el reconocimiento y pago de la actualización del flujo de caja, ello de conformidad con lo establecido contractualmente en el acuerdo transaccional y en las condiciones particulares de la licitación, por cuanto el contrato se encontraba en desequilibrio económico perjudicando al concesionario. Lo cual nunca solucionó la entidad.
- “4.1.31. Hasta la finalización del contrato de Concesión, esto es hasta el 04 de agosto de 2015, los pagos que realizó la entidad durante el contrato a partir de noviembre de 2011 fueron extemporáneos, lo que generó perjuicios económicos al concesionario.
- “4.1.32. Hasta la finalización del contrato de Concesión, esto es hasta el 04 de agosto de 2015, y desde noviembre de 2011, la entidad no reconoció ni pagó actualización de los rubros del flujo de caja, lo que generó perjuicios económicos al concesionario.
- “4.1.33. Como consecuencia de lo anterior, el concesionario se vio en la obligación de financiar parcialmente los faltantes del flujo de caja en los periodos incumplidos, lo que sin lugar a dudas le generó perjuicios económicos configurándose así un desequilibrio económico del contrato y el rompimiento de la ecuación contractual que debe regir en el contrato estatal cualquiera que sea su clase.
- “4.1.34. Una vez finalizado el contrato, el concesionario envió varias comunicaciones (ver capítulo de pruebas) al MUNICIPIO DE YOPAL Y A LA SECRETARIA DE OBRAS PÚBLICAS, solicitando a la entidad contratante proceder con la liquidación

del contrato, así mismo le solicitó fuera incluida en la liquidación del contrato la suma adeudada por el Concedente debido al desequilibrio económico del contrato, ello de conformidad con lo establecido contractualmente en el contrato y en el acuerdo de transacción y en las condiciones particulares de la licitación.

“4.1.35. A la fecha de presentación de esta demanda no se ha procedido con la liquidación del contrato.

“4.1.36. El concesionario ha enviado varias solicitudes a la entidad contratante - concedente, solicitando la liquidación del contrato, sin que hasta la fecha ello haya sido posible.

“4.1.37. Las empresas que conforman la UNIÓN TEMPORAL se han visto impedidas para participar en demás procesos licitatorios, por cuanto dentro de los mismos no pueden acreditar la experiencia de 15 años con el Municipio de Yopal por cuanto el contrato no se encuentra liquidado, lo cual les está generando graves perjuicios económicos”.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

2.2.1 Contestación de la parte convocada frente a los hechos

En su escrito de contestación, la parte convocada se pronunció frente a los hechos relatados en la demanda arbitral de la siguiente manera:

- HECHOS QUE LA PARTE CONVOCADA RECONOCIÓ COMO CIERTOS: 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 34, 35 y 36.

- HECHOS QUE LA PARTE CONVOCADA RECONOCIÓ COMO PARCIALMENTE CIERTOS: 3 y 10.

- HECHOS QUE LA PARTE CONVOCADA DESMINTIÓ: 29 y 32.

- HECHOS RESPECTO DE LOS CUALES LA PARTE CONVOCADA NO MANIFESTÓ SI LOS CONSIDERABA CIERTOS O NO: 22, 23, 27, 28, 30, 31, 33 y 37.

2.2.2 Excepciones

La parte convocada, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones de la demanda sin proponer expresamente una excepción. No obstante, en su escrito de contestación se pronunció frente a esas pretensiones explicando

las razones por las cuales se oponía a cada una de ellas, explicación que amplió en tres apartados que tituló: “EN CUANTO A LA INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y DEL PAGO DE LO PACTADO DENTRO DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN”, “DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA” y “EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA”.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

3.1 DEMANDA EN FORMA

La demanda arbitral, subsanada como lo ordenó el Tribunal en su Auto No. 2 del 16 de febrero de 2018, se ajusta a la plenitud de las exigencias relativas a los requisitos que debe contener y por ello se admitió mediante Auto No. 3 del 13 de marzo de 2018.

3.2 CAPACIDAD DE LAS PARTES

Las partes en el presente asunto, la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** y el **MUNICIPIO DE YOPAL**, son sujetos plenamente capaces, con personería jurídica y, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y sus apoderados, abogados titulados debidamente constituidos, y, por ende, detentan plena capacidad procesal.

3.3 COMPETENCIA

3.3.1 Consideraciones generales sobre la competencia del Tribunal

Las partes en este proceso han ejercido su derecho constitucional fundamental de acceder a la Administración de Justicia mediante un mecanismo alternativo de solución de los conflictos denominado arbitraje, que la Constitución autoriza expresamente (artículo 116²) y que la Ley 1563 de 2012 se encarga de regular.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), por su parte, reconoce expresamente que los árbitros ejercen una función jurisdiccional *–iurisdictio–* (numeral 3º de su artículo 13) al estar investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia (inciso 3º de su artículo 8º), en consecuencia, ostentan la condición de jueces, tienen los mismos

² El inciso 4º del artículo 116, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 003 de 2002, establece: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subrayas fuera de texto).

deberes y responsabilidades de cualquier otro juez, y se encuentran facultados para proferir providencias judiciales que pueden ser autos o laudos arbitrales.

3.3.2 Consideraciones en relación con los cuestionamientos de la parte convocada y el agente del Ministerio Público a la competencia del Tribunal

3.3.2.1 La argumentación de la parte convocada y el Ministerio Público para cuestionar la competencia del Tribunal

La cláusula compromisoria mediante la cual las partes convinieron que fuera la justicia arbitral y no la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que resolviera los conflictos entre ellas, se encuentra en la CLÁUSULA DÉCIMOSEXTA del Contrato de Concesión No. 0017 de fecha 24 de febrero de 2000, que dice:

“Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, en relación con la ejecución del mismo y no fuere posible llegar a un Acuerdo, este se someterá a un Tribunal de arbitramento, cuyo domicilio será el Municipio de Yopal y conformación se sujetara a las normas del Código de Comercio. Los arbitramentos que ocurrieren se regirán por lo dispuesto en el decreto 2279 de 1991, en la ley 23 de 1991 y en las demás normas que modifiquen o adicione la materia”.

Tanto la parte convocada como el agente del Ministerio Público solicitaron al Tribunal declararse incompetente al considerar que la citada cláusula compromisoria del Contrato de Concesión no estaba vigente al momento de presentarse la demanda arbitral. Según ellos, un contrato de transacción, celebrado por las partes el 7 de diciembre de 2011, reemplazó el Contrato de Concesión, por tanto, las cláusulas de este último, incluyendo su cláusula compromisoria, perdieron su vigencia, quedando vigentes las del contrato de transacción, entre las cuales no se incluyó ninguna cláusula compromisoria. Frente a esta argumentación de la parte convocada y el agente del Ministerio Público, el Tribunal analizará a continuación si la transacción del 7 de diciembre de 2011 dejó sin efectos las cláusulas del Contrato de Concesión y específicamente la cláusula compromisoria que contenía.

3.3.2.2 La transacción del 7 de diciembre de 2011 tuvo por objeto ajustar el equilibrio económico del contrato

En el hecho 4.1.25 de la demanda, reconocido como cierto por la parte convocada, el convocante manifestó:

“Durante la ejecución del contrato se presentaron continuos desajustes económicos que perjudicaron al concesionario, lo que conllevó a que el contrato presentará un desequilibrio económico, por tal razón entre la entidad y el concesionario se suscribió una transacción en fecha 07 de diciembre de 2011, la cual se realizó a efectos de revisar el equilibrio económico del contrato y ajustarlo con el fin de garantizar la continua y eficiente prestación del servicio de conformidad con lo señalado en el numeral 8 de la ley 80 de 1993 y el inciso segundo del artículo 40 y el artículo 68 de la ley 80 del mismo estatuto de contratación. Dicha transacción subsanó el desequilibrio económico presentado desde el inicio del contrato hasta el mes de octubre de 2011”.

Al revisarse la transacción del 7 de diciembre de 2011 se encuentra que, en efecto, las partes reconocieron la existencia de un desequilibrio económico que esperaban solucionar con la transacción. Al respecto, la transacción, en sus numerales 3 y 4, señaló:

“3. Que con la derogatoria del impuesto de alumbrado público se generaron ciertas circunstancias económicas ajenas a la administración municipal y atribuibles a la corporación administrativa que afectaron el desarrollo del contrato de concesión; siendo de resaltar la labor adelantada por la actual administración para subsanar y normalizar el contrato.

“4. Que las partes acuerdan a través de la ejecución de obras de expansión del alumbrado público no contempladas en el contrato 017 de 2000 y de los pagos relacionados en los anteriores numerales, ajustar el equilibrio económico del contrato de concesión, salvo lo referente a las reclamaciones correspondientes a la Secretaría de Hacienda por concepto de descuentos efectuados en los pagos y depósitos a la fiducia las cuales el concesionario está en libertad de efectuar”.

3.3.2.3 Los ajustes para el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales

Sobre los ajustes que hacen las partes para restablecer el equilibrio económico de un contrato estatal, la Corte Constitucional, en sentencia C-300 de 2012, explicó:

“2.7.3 Modificación de los contratos de concesión

“2.7.3.1 Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles

variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

“ ...

“En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado. En el mismo sentido, es necesario destacar la **sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de julio de 2009**, en al que se precisó además que no debe tratarse de riesgos que hayan sido expresamente asumidos por el contratista:

“Considera la Sala que, so pretexto del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, no puede modificarse el régimen de riesgos acordado, para incorporar o excluir derechos u obligaciones que se originaron para cada una de las partes al contratar.

“La Sala ha manifestado que, por regla general, el contratista asume *‘un riesgo contractual de carácter normal y si se quiere a todo tipo de contratación pública’* pero ello no significa que, en un contrato particular, el contratista no pueda asumir riesgos adicionales a los denominados riesgos normales, como sucedió en el presente caso.

“La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado.

“Como se indicó precedentemente, **son los riesgos externos o extraordinarios los que configuran la teoría de la imprevisión y, por ende, deben ser demostrados por quien los alega.** Así,

la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al álea anormal del contrato, porque es además imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio.³

“2.7.3.2 En atención a las anteriores consideraciones, la Corte ha declarado exequible la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos de concesión, cuando sea necesario para mantener el equilibrio del contrato o para introducir nuevos requerimientos que conduzcan a una mejor prestación del servicio involucrado en la concesión.⁴

“En relación con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, la jurisprudencia se ha basado en la idea de que si bien es cierto el concesionario asume la mayor parte de los riesgos, no está obligado a asumir la carga pecuniaria de cambios de las condiciones de ejecución imprevisibles, que no se comprometió a soportar y que no le son imputables. Para remediar esta situación, es posible introducir ajustes, por ejemplo, en el plazo, con el fin de permitir al concesionario recuperar los mayores costos directamente relacionados con las circunstancias imprevisibles cuyo riesgo de ocurrencia no asumió”.

Como vemos, los contratos de concesión son por naturaleza “contratos incompletos”, denominación que se utiliza para denotar que en esos contratos, por su larga duración, es muy difícil prever todos los riesgos y establecer cláusulas para hacer frente a cada uno de ellos, motivo por el cual las partes, normalmente, se ven abocadas a ir “completando” el contrato introduciendo ajustes y modificaciones durante la vigencia del contrato con el fin de dar solución a las situaciones imprevistas que se van presentando.

Puede ser entonces que un contrato de concesión termine sin modificación o ajuste alguno, pero al ser un contrato de larga duración, lo que generalmente ocurre es que se modifique o ajuste una o más veces.

3.3.2.4 La “transacción” del 7 de diciembre de 2011 fue en realidad un típico “otro sí” para restablecer el equilibrio económico del Contrato de Concesión 017 de 2000

Uno de los motivos más frecuentes que llevan al ajuste o modificación de un contrato de concesión es el desequilibrio económico que se presenta por una

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009, rad. 25000-23-26-000-1994-09660-01, exp. 14.389, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴ Ver las sentencias C-350 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz y C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.



situación no prevista, y fue precisamente este motivo, como atrás se explico, el que llevó a las partes del Contrato de Concesión 017 de 2000 a celebrar un acuerdo el 7 de diciembre de 2011, que si bien denominaron “transacción”, habría sido más acertado denominarlo “otro sí”, pues es esta la denominación que usualmente se le da a los acuerdos mediante los cuales se introducen ajustes o modificaciones a un contrato.

3.3.2.5 El *nomen iuris* de un contrato no necesariamente determina la intención de las partes

Para este Tribunal no es de recibo que la parte convocada y el agente del Ministerio Público aleguen que el acuerdo celebrado entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** y el **MUNICIPIO DE YOPAL** el 7 de diciembre de 2011 fue una “transacción”, por el simple hecho de haberse denominado así, pues su contenido claramente correspondía a un acuerdo para introducir ajustes o modificaciones encaminados a restablecer el equilibrio económico en el Contrato de Concesión 017 de 2000, lo cual generalmente se hace mediante un “otro sí”.

En relación con esto, vale la pena citar una reciente sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que llama a interpretar los contratos estatales teniendo en cuenta el contenido de sus cláusulas antes que su denominación:

“3.2. De los principios y las reglas de interpretación de los contratos

“Del contenido de los artículos 1618 a 1624 del Código Civil emergen los principios y reglas aplicables en materia de interpretación de los contratos. Según la doctrina especializada⁵, son dos los principios rectores que se desprenden de tales disposiciones, esto es, (i) la búsqueda de la común intención de las partes —*communis intentio* o *voluntas spectanda*— y (ii) la buena fe contractual. Las reglas, por su parte, son cinco: (i) la especificidad, (ii) la interpretación efectiva, útil o conservatoria (iii) la interpretación naturalista o fundada en la naturaleza del contrato, y de la interpretación usual; (iv) la interpretación contextual, extensiva y auténtica; (v) la interpretación incluyente o explicativa y (vi) la interpretación de cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra del estipulante o predisponente.

“En lo que aquí incumbe, hay que decir que la tarea de encontrar la verdadera intención de los contratantes es la tradicionalmente conocida

⁵ Un estudio detallado del tema puede encontrarse en: JARAMILLO J., Carlos Ignacio. *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*. Grupo Editorial Ibañez, 2016.

como criterio subjetivo de interpretación, en contraste con el criterio objetivo, que más bien busca privilegiar la voluntad externa o declarada de las partes del contrato.

“La doctrina (local y foránea) y la jurisprudencia nacional reconocen que existe jerarquía entre los criterios de interpretación del contrato y, en esa medida, han señalado que el subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental dentro de la labor hermenéutica y que los demás principios y reglas son subsidiarios.

“..., la búsqueda de la común intención de las partes se erige como punto de partida de la labor interpretativa de los contratos. De ahí que un adecuado ejercicio hermenéutico contractual deba empezar siempre por determinar cuál era la *communis intentio* a la que alude el artículo 1618 del Código Civil, y solo en caso de que esa labor resulte infructuosa es posible aplicar las pautas objetivas de interpretación que ya fueron reseñadas, como las previstas en los artículos 1619, 1620, 1621, 1623 y 1624 de esa misma codificación. ...

“Es sabido que los principios y las reglas de interpretación de los contratos adquieren relevancia cuando las disposiciones en ellos contenidas no son lo suficientemente claras y precisas para fijar su alcance y contenido. De hecho, no en vano se ha afirmado que *‘la hermenéutica contractual fija el contenido y reconstruye el sentido de las declaraciones y comportamientos asumidos por las partes’*⁶.

“Con fundamento en esos principios y reglas se pueden corregir los errores o incongruencias que se presentan al momento de denominar el negocio jurídico, *‘pasando por encima de lo dicho por las partes, para ajustar el contenido a la función social verdadera de la disposición, de manera que esta pueda realizar su objetivo propio. O dicho en otros términos, la calificación que hagan las partes no le impide al juez determinar la verdadera naturaleza del contrato’*⁷.

“El anterior contexto teórico le permite a la Sala concluir que le asiste razón al apoderado de la parte demandante cuando afirma que el *nomen iuris* del contrato no determina la real intención de las partes. Un juicioso ejercicio interpretativo supone auscultar en el negocio jurídico

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 2 de febrero de 2015, expediente SC038-2015, M.P. Margarita Cabello Blanco.

⁷ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, volumen II*. Universidad Externado de Colombia, 2015, pg. 173.

para establecer cuál era la común intención de los contratantes y, de ese modo, fijar su contenido y alcance”⁸ (subrayas fuera de texto).

3.3.2.6 Del contenido del acuerdo celebrado el 7 de diciembre de 2011, que las partes denominaron “transacción”, no se deduce que haya sido intención de las partes dar por terminado el Contrato de Concesión 017 de 2000 y reemplazarlo por la “transacción”

Revisándose el contenido del acuerdo celebrado el 7 de diciembre de 2011 se deduce claramente que la intención de las partes fue ajustar el Contrato de Concesión para restablecer el equilibrio económico del mismo, pues esta intención quedó plasmada expresamente en el numeral 4 del acuerdo, en el que se dijo: “... las partes acuerdan a través de la ejecución de obras de expansión del alumbrado público no contempladas en el contrato 017 de 2000 y de los pagos relacionados en los anteriores numerales, ajustar el equilibrio económico del contrato de concesión, salvo lo referente a las reclamaciones correspondientes a la Secretaría de Hacienda por concepto de descuentos efectuados en los pagos y depósitos a la fiducia las cuales el concesionario está en libertad de efectuar” (subrayas fuera de texto).

Ahora bien, si las partes le dieron al acuerdo del 7 de diciembre de 2011 el título de “transacción”, en vez de llamarlo “otro sí”, que habría sido una denominación más adecuada, no por esto puede interpretarse que la intención de las partes fue terminar el Contrato de Concesión 017 de 2000 y remplazarlo por el acuerdo de “transacción”, que es lo que han argumentado la parte convocada y el agente del Ministerio Público.

Como ya se ha explicado, las normas legales de interpretación de los contratos y los pronunciamientos que se han referido a ellas, dan prioridad a la interpretación basada en el contenido de un contrato frente a la interpretación literal del nombre del contrato (*nomen iuris*), por tanto, si del contenido del acuerdo de fecha 7 de diciembre de 2011 se deduce que las partes querían que el Contrato de Concesión 017 de 2000 siguiera vigente pero con unos ajustes que permitieran restablecer su equilibrio económico, esta es la interpretación que se le debe dar al contrato, desechándose otra posible interpretación derivada de la simple lectura del encabezado del acuerdo.

3.3.3 Ratificación de la competencia del Tribunal

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal no ve posible admitir como válida la interpretación contractual con la cual la parte

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 2018, radicación No. 13001-23-31-000-2003-01681-01(40353), Consejera Ponente: María Adriana Marin.

convocada y el agente del Ministerio Público han cuestionado la competencia del Tribunal. En consecuencia, este Tribunal interpreta que el acuerdo celebrado por las partes el 7 de diciembre de 2011 no tuvo por objeto sustituir el Contrato de Concesión 017 de 2000 sino la adopción de algunos ajustes que permitieran restablecer el equilibrio económico del mismo, y como estos ajustes no implicaron una modificación o eliminación de la CLÁUSULA DÉCIMASEXTA del Contrato de Concesión mediante la cual las partes convinieron que sería la justicia arbitral la que resolvería los conflictos que surgieran entre ellas, el Tribunal considera procedente ratificar su competencia para resolver la controversia planteada en la demanda arbitral, competencia que ya había declarado en su Auto No. 10 del 30 de julio de 2018, confirmado mediante Auto No. 11 de la misma fecha.

Al no advertir defecto procesal alguno que invalide la actuación surtida hasta el momento, el Tribunal procederá a resolver de fondo la controversia que se le ha planteado.

4. CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES

4.1 CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS

La parte demandante, **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, solicitó al Tribunal acceder tanto a pretensiones declarativas como de condena, siendo sus pretensiones declarativas, las siguientes:

- “1. Que se declare que la entidad contratante ha incumplido para con mi poderdante con su obligación contractual de pago, conforme a lo estipulado en la cláusula décima del contrato – RETRIBUCION FORMA Y CONDICIONES DE PAGO, y conforme a lo acordado en la transacción de fecha 07 de diciembre de 2011.

“La anterior declaración se solicita, toda vez que la entidad contratante no procedió con el pago en los plazos acordados, de las obligaciones dinerarias por concepto de capital contenidas en cada uno de los rubros establecidos en el flujo de caja que se elaboró como soporte financiero para la suscripción del acuerdo transaccional del 7 de diciembre de 2011.

- “2. Que se declare que la entidad contratante ha incumplido para con mi poderdante con su obligación de reconocimiento y pago de los intereses de mora que se han causado por el no pago en los plazos establecidos de los rubros que integran el flujo de caja por concepto de capital.

- “3. Que se declare que conforme al no pago oportuno de: (i) Los rubros del flujo de caja citado por concepto de capital, y (ii) el no reconocimiento y pago de interés de mora, se generó para el Contratista un desequilibrio económico del contrato, el cual debe ser restablecido por la Entidad Contratante, procediendo al pago efectivo de los valores que se describen en las pretensiones y condenas de esta demanda. Lo anterior para efectos de no generarle cargas imposibles de asumir al concesionario, las cuales no tiene el deber legal de soportar”.

Teniendo en cuenta que la parte demandante ha alegado unos incumplimientos contractuales (pretensiones declarativas Nos. 1 y 2) y un desequilibrio económico generado por esos incumplimientos (pretensión declarativa No. 3), el Tribunal considera pertinente precisar los conceptos de incumplimiento contractual y desequilibrio económico, diferenciar estos conceptos y determinar si en el caso concreto puesto a su consideración, resulta procedente declarar la ocurrencia de uno u otro.

4.1.1 El incumplimiento contractual

En torno al incumplimiento contractual, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“1. Los contratos, amén de regular o extinguir una relación jurídica de contenido económico, también pueden crear relaciones obligacionales y como quiera que en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido.

“No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que *‘el pago efectivo es la prestación de lo que se debe’*, que *‘el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes’* y que *‘el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales.’*

“En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor.



“Y es que si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de *‘no cumplimiento’*⁹ y esta situación, por regla general,¹⁰ no da lugar a la responsabilidad civil.¹¹”

“2. El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.”

“En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediablemente produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

“Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.

“Tal carga probatoria se encuentra establecida no solamente en el artículo 177 del C. P. C. al preceptuar que *‘incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’*, sino también, y particularmente para la responsabilidad contractual, en el artículo 1757 del C.C. al disponer que *‘incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.’*”

“Así que entonces es al acreedor a quien le asiste el interés de demostrar la ocurrencia del daño y la cuantificación del perjuicio sin que pueda descargar en el juzgador todo el peso de esa carga aunque éste, desde luego, cuenta con la facultad oficiosa en materia probatoria pero dentro de los precisos límites previstos en el artículo 169 del C.C.A.”

⁹ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 237

¹⁰ Se exceptúa el caso, por ejemplo, en el que el deudor conviene en responder aún en el evento de fuerza mayor o caso fortuito, tal como se desprende de los incisos finales de los artículos 1604 y 1616 del Código Civil

¹¹ Artículos 1604, inc. 2º, y 1616, inc. 2º, ibidem.

“Luego, si el acreedor nada prueba en torno a la existencia del daño y a la cuantía del perjuicio, no podrá abrirse paso la pretensión indemnizatoria pues sin la certeza de la ocurrencia del daño y la magnitud del perjuicio, la responsabilidad está irremediabilmente condenada al fracaso.”

“3. Si se tiene en cuenta que la responsabilidad derivada del contrato persigue la indemnización de los perjuicios causados, como ya se dijo, y que en la responsabilidad contractual el deudor debe estar en mora pues de lo contrario no puede reclamar la indemnización de perjuicios ni la cláusula penal en su caso, tal como lo pregonan los artículos 1594 y 1615 del Código Civil, es conclusión obligada que si alguno de los contratantes ha incumplido el otro no estará en mora, pues así lo dispone el artículo 1609 del Código Civil, y por consiguiente el incumplido no puede reclamar perjuicios o la pena”¹² (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con el anterior pronunciamiento jurisprudencial, no todo incumplimiento contractual genera para el incumplido el deber de indemnizar. Al incumplido en un contrato solo se le puede condenar a indemnizar a su contraparte en la medida en que esta logre probar que se le ha causado un daño, y siempre y cuando no le sea oponible la excepción de contrato no cumplido (artículo 1609 del Código Civil).

4.1.2 El desequilibrio económico en los contratos estatales

4.1.2.1 CONSAGRACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

El principio del equilibrio económico en los contratos estatales se encuentra consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que dice:

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

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 24 de julio de 2013, radicación No. 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”¹³.

Los numerales 3º y 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, por su parte, establecen como un deber de las entidades mantener el equilibrio económico en los contratos que celebran:

“Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

“1o. ...

“3o. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.

“8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación ~~o concurso~~, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios (aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007)”.

Finalmente, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, reconoce expresamente el derecho de los contratistas a obtener el restablecimiento del equilibrio económico en sus contratos:

¹³ “El principio del equilibrio económico del contrato previsto en el inciso 1º del artículo 27 de la ley 80 de 1993, hace que en los contratos estatales se predique una conmutatividad especialísima que difiere de aquella predicable a los contratos celebrados por privados, pues impone a las partes contratantes la obligación de mantener las condiciones de igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones surgidas al momento de proponer o contratar, de forma tal que si esa igualdad se rompe por causas no imputables a la persona afectada, la parte culpable deberá restablecerla” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación No. 85001-23-33-000-2012-00202-01(51018), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

“Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

“1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

4.1.2.2 JUSTIFICACIÓN DEL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

La principal razón por la cual se aplica la figura del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos estatales no es tanto la protección del patrimonio del contratista sino la satisfacción del interés general perseguido con la ejecución del contrato. Al respecto el Consejo de Estado ha expresado:

“Por averiguado se tiene que mediante el contrato estatal se persigue la prestación de los servicios públicos y por consiguiente la satisfacción de intereses de carácter general.

“Esta particularidad de la contratación estatal determina que la ejecución del objeto contractual sea un asunto vertebral y es por esto que la ley ha previsto diversos mecanismos que permiten conjurar factores o contingencias que puedan conducir a su paralización o inejecución.

“Uno de tales mecanismos es precisamente aquel que permite que puedan reajustarse los precios pactados de tal suerte que manteniéndose su valor real en el decurso del plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se lleve a feliz término la ejecución del contrato.

“Por estas razones es que el fenómeno de la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben

permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.

“Sin embargo, lo anterior no significa que en todas las hipótesis el contratista deba obtener con exactitud numérica la utilidad calculada y esperada por él pues no cualquier imprevisto que merme su ventaja tiene la virtualidad de conducir al restablecimiento económico.

“En efecto, sólo aquellas eventualidades imprevistas que alteran gravemente la ecuación financiera son idóneas para pretender con fundamento en ellas el restablecimiento económico pues si esto no se garantiza se afectaría el interés público que está presente en la contratación estatal.

“Así que el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato”¹⁴ (subrayas fuera de texto).

4.1.2.3 CAUSAS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tres son los tipos de causas que afectan el equilibrio económico en los contratos estatales:

“1) actos o hechos imputables a la administración contratante, referidos por ejemplo, al pago inoportuno de las cuentas de cobro presentadas por el contratista, o a la falta de oportunidad en la aprobación de la documentación necesaria para el desarrollo del contrato, tal como diseños o planos de las obras a realizar; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión.

“La teoría de la imprevisión *regula los efectos de tres situaciones que se pueden presentar al ejecutar un contrato: un suceso que se produce después de celebrado el contrato cuya ocurrencia no era previsible al*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación No. 85001-23-33-000-2012-00202-01(51018), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

momento de suscribirlo, una situación preexistente al contrato pero que se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, y un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelve irresistible. En general, estas tres situaciones se encuentran reglamentadas, principalmente, en los artículos 4° numeral 3° y 8°; 5° numeral 1°; 25 numeral 14; 27 y 28¹⁵.

“En aplicación de dicha teoría, ninguno de los anteriores sucesos o situaciones impide el cumplimiento del objeto contractual, pero en todo caso, su desarrollo se hace más oneroso en razón del hecho imprevisible. No obstante, las partes contratantes pueden prever la ocurrencia de dichos imprevistos, y convenir el mecanismo de reajuste o revisión de precios al que se refiere el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993¹⁶.

Reiterando lo anterior, en sentencia más reciente se dijo:

“... el equilibrio económico del contrato puede verse alterado por diversas circunstancias tales como hechos o actos imputables a la Administración o al contratista como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes¹⁷.

4.1.2.4 EL INCUMPLIMIENTO COMO UNA DE LAS CAUSAS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Se acepta que el incumplimiento de una entidad contratante constituye una causal de desequilibrio económico cuando el contratista afectado por ese incumplimiento logra demostrar que este fue determinante para que se alterara de forma grave y anormal la ecuación contractual. Al respecto la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha comentado:

“... una de las circunstancias que puede conducir a la alteración de la ecuación financiera del contrato es el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administración con ocasión de la celebración

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Expediente No. 1952, M.P. Enrique Arboleda Perdomo.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, radicación No. 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683), Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 2015, radicación No. 52001-23-31-000-2000-20433-01(26409), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de un determinado contrato, cuando vulnera el deber de planeación en su estructuración o cuando introduce modificaciones unilateralmente con notable vulneración a la ley, impone exigencias no contenidas en el contrato, entre otras, siempre y cuando el referido incumplimiento sea imputable a la administración y la parte afectada demuestre que ésta fue la causa determinante para alterar de forma grave y anormal las condiciones financieras del contrato”¹⁸.

4.1.2.5 REQUISITOS PARA EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Tres son los requisitos para que proceda el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato estatal: primero, que la afectación del equilibrio económico del contrato haya sido grave, segundo, que las causas que generaron el desequilibrio hayan sido imprevisibles cuando se celebró el contrato; y tercero, que el desequilibrio haya sido alegado oportunamente por el afectado. En relación con estos requisitos, ha dicho el Consejo de Estado:

“... debe precisarse en este punto que cualquiera que sea la causa que da lugar a una alteración de las condiciones financieras o económicas del contrato, para que sea procedente su restablecimiento es indispensable que la parte afectada demuestre el menoscabo, que éste es grave y que además no corresponde a un riesgo propio del ejercicio de la actividad contractual que deba ser asumido por alguno de los contratantes”.

“Luego, sí lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota porque los índices utilizados en la fórmula de ajustes convenida no reflejó las verdaderas variaciones de los precios, en esta hipótesis no sólo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, sino también que esa circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.

“En efecto, si una de las partes contratantes afirma que se rompió el equilibrio económico del contrato por que los índices de la fórmula de ajustes convenida no reflejó las variaciones de los precios, para que proceda su restablecimiento, quién alega la ruptura no sólo debe acreditar que ésa circunstancia le generó pérdidas, sino también que

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación No. 85001-23-33-000-2012-00202-01(51018), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

alteró de forma grave y anormal la economía del contrato y que la alegó oportunamente.

“Lo mismo ocurre cuando lo que se alega es el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato por los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra y por la mora en el pago de las actas parciales de obra, pues quién alega el restablecimiento también debe demostrar que dichas circunstancias le generaron un perjuicio grave y anormal, que eran imprevisibles al momento de contratar y haberlas alegado dentro de las oportunidades previstas para ello”¹⁹.

En cuanto a la exigencia de haberse alegado oportunamente el desequilibrio económico, vale la pena citar otra sentencia del Consejo de Estado, en la que se indicó:

“Pero además de la prueba de tales hechos es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

“En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo *‘los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar...’*.

“Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

“Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como ya se dijo y ahora se reitera, la buena fe contractual, que es la objetiva, *‘consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte,*

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación No. 85001-23-33-000-2012-00202-01(51018), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia*²⁰ (Se subraya).

“En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual”²¹.

4.1.2.6 LA DEMOSTRACIÓN DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Para que judicialmente se declare la ocurrencia de un desequilibrio económico y se ordene el restablecimiento de la ecuación contractual, la jurisprudencia ha fijado unas exigencias probatorias que son las siguientes:

“En esta misma línea de pensamiento, debe tenerse presente que para tener por acreditado el desequilibrio económico debe aparecer la prueba fehaciente de que en virtud del incumplimiento contractual se presentó un resquebrajamiento grave de la ecuación contractual que compromete la ejecución del contrato. Esto es, que las situaciones fácticas configuradoras del incumplimiento tuvieran la virtud de afectar de manera tan profunda la estructura económica que no puede ser más que calificada de grave.

“La prueba en materia de desequilibrio económico, así las cosas, no solo debe configurar el hecho mismo afectante y determinante del incumplimiento, sino también y de manera consecencial y objetivo el impacto cierto, claro, evidente en la bases que soportan las condiciones económicas y financieras del negocio, permitiendo visualizar al juzgador el daño que sobre las mismas se hubiere causado.

“Se reitera: la carga de la prueba en este tipo de casos no se agota en la mera acreditación de ciertas circunstancias fácticas en el devenir de

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 20 de octubre de 2014, radicación No. 66001-23-31-000-1999-00435-01(24809)A, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

la relación contractual, ello no es más que un punto de inicio que necesariamente debe ser complementado con la suficiente acreditación probatoria y, sobre todo, técnica de las consecuencias negativas de tales hechos en el equilibrio económico del contrato estatal.

“La Sala estima oportuno precisar que la prueba de tal desequilibrio no puede ser meramente retórica. El desequilibrio financiero del contrato es un asunto técnico y por ende su prueba debe ser rigurosa, objetiva y debidamente soportada; no bastan simples planteamientos doctrinales o jurisprudenciales; se hace necesario prueba idónea, adecuada y pertinente que evidencie en concreto, la magnitud del desajuste económico del negocio y su impacto en la conmutatividad del mismo.

“Prueba, por lo tanto, de ser el caso, altamente técnica, razonablemente fundada en especiales consideraciones contables, económicas, financieras, que permitan deducir de manera objetiva, cómo las situaciones fácticas alegadas como afectantes del equilibrio contractual, inciden de manera cierta, evidente, clara y material en las estructuras económicas y financieras del negocio en los términos propuestos y pactados.

“A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la fórmula o modelo económico rector del negocio, no sea por si mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículos No. 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

“Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, por ejemplo, en relación con el valor intrínseco del contrato, la pérdida económica sufrida²², los efectos económicos y financieros de todo orden y magnitud que devengan de la ruptura de la igualdad o equivalencia surgidos al momento de proponer o contratar etc.

“Con otras palabras, y a manera de síntesis, si mediante el contrato estatal se persigue satisfacer el interés general mediante la prestación

²² Ley 80 de 1993, Art. 5.

de los servicios públicos, y si el equilibrio económico del negocio debe mantenerse para lograr la ejecución del objeto contractual y por ende prestar el correspondiente servicio público, resulta evidente que para cumplir con los imperativos legales que ordenan el restablecimiento, es indispensable, no sólo la demostración del acaecimiento de un hecho o acto que tuvo la virtualidad de destruir el balance económico y financiero negocial, sino también que el negocio efectivamente se descompensó por ese hecho o acto.

“Por consiguiente, en torno al último aspecto, las probanzas deben demostrar aquel resultado, el que no puede surgir sino mediante la comparación del inicial diseño económico y financiero del contrato con la situación económica y financiera en que quedó el negocio luego de sobrevenir el hecho o acto desequilibrante”²³.

4.1.2.7 EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LOS CONTRATOS ESTATALES

La forma en que se restablece el equilibrio económico de un contrato estatal, depende de la causa que haya dado lugar a su desequilibrio. Sobre esto el Consejo de Estado ha expuesto:

“... según se ha establecido por la doctrina y la jurisprudencia extranjeras y nacionales, el equilibrio económico y financiero del contrato puede tener su génesis u origen en las siguientes:

“i) Circunstancias imputables o atribuibles a la administración contratante a partir de potestades derivadas del propio contrato.

“ii) Circunstancias imputables o atribuibles al Estado, en virtud de su imperium.

“iii) Circunstancias externas y ajenas a los contratantes.

“... a diferencia del incumplimiento del contrato –que permite la resolución del negocio jurídico o el cumplimiento forzoso, con la consecuente indemnización de perjuicios– la ruptura del equilibrio económico permite al juez adoptar cualquiera de las siguientes determinaciones: i) decretar la terminación del contrato en el estado en que se encuentre (casus), u ii) ordenar el restablecimiento de la ecuación financiera o matemática del negocio jurídico, a favor de

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación No. 85001-23-33-000-2012-00202-01(51018), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

cualquiera de las dos partes o sujetos contratantes, en proporción que se determinará dependiendo si la situación, hecho o acto que genera ese desequilibrio, para lo cual será determinante establecer si esa ruptura es o no imputable a la entidad contratante o, si por el contrario, deviene de un hecho externo o ajeno a las partes.

“Si el desequilibrio se produce por cualquiera de las circunstancias (i) o (ii) antes analizadas, esto es, por circunstancias imputables o atribuibles a la administración pública contratante en ejercicio de una cláusula excepcional o exorbitante, o en ejercicio de su imperium, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino que también estará obligada a cancelar la utilidad esperada por el contratista.

“A contrario sensu, si la ruptura o desequilibrio tiene su génesis en un hecho externo, imprevisible y ajeno a las partes, que afecta de manera anormal y grave la ecuación financiera del negocio, las partes contratantes –cualquiera que sea, esto es, administración o contratista– sólo estarán obligadas a llevar al sujeto que padece o sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, sólo se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en virtud del exceso o sobre costo producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada; por el contrario, si el desequilibrio se presenta a favor de la administración contratante, se reliquidará el valor del contrato, para efectos de que no se haga muy oneroso su cumplimiento”²⁴.

4.1.3 Diferencias entre el incumplimiento y el desequilibrio económico en los contratos estatales

La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha preocupado por diferenciar las figuras del incumplimiento y el desequilibrio económico:

“Para la Sala, los supuestos de hecho alegados no son constitutivos de ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, sino de incumplimiento contractual.

“La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 6 de mayo de 2015, radicación No. 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837), Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz (E).

expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

“La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina ‘hecho del príncipe’, y ‘potestas ius variandi’ (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada ‘teoría de la imprevisión’ y paralelamente en la ‘teoría de la previsibilidad’. Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato.

“El incumplimiento contractual, en cambio, tiene origen en el comportamiento antijurídico de uno de los contratantes, esto es, que asume un proceder contrario a las obligaciones que contrajo al celebrar el contrato y, como efecto principal, causa un daño antijurídico a la parte contraria que, desde luego, no está en la obligación de soportar; además, el incumplimiento genera la obligación de indemnizar integralmente los perjuicios causados a la parte cumplida.

“...

“Es de anotar que, si bien el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 contempla como uno de los supuestos de ruptura del equilibrio contractual el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes, en esencia las dos figuras se diferencian, no sólo por el origen de los fenómenos, tal como quedó explicado en precedencia, sino por las consecuencias jurídicas que emergen en uno y otro caso.

“En efecto, la fractura del equilibrio económico da lugar al restablecimiento del sinalagma funcional pactado al momento de

proponer o contratar, según el caso, mientras que el incumplimiento da derecho, en algunos casos, a la ejecución forzada de la obligación o a la extinción del negocio y, en ambos supuestos, a la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, tanto patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) como extrapatrimoniales, en la medida en que se acrediten dentro del proceso, tal como lo disponen el artículo 90 de la Constitución Política (cuando el incumplimiento sea imputable a las entidades estatales) y los artículos 1546 y 1613 a 1616 del Código Civil, en armonía con el 16 de la Ley 446 de 1998”²⁵.

Y reiterando el anterior pronunciamiento, ha dicho el Consejo de Estado:

“Del contenido conceptual puesto de presente, debe entenderse que el equilibrio o equivalencia de la ecuación económica del contrato tiene como finalidad garantizar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones técnicas, económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta y pudieron conocer al momento de presentar oferta, en el caso de que se haya adelantado el procedimiento de la licitación o de contratar cuando la selección se hubiere adelantado mediante la modalidad de contratación directa; dicha equivalencia puede verse afectada o por factores externos a las partes que están llamados a encuadrarse dentro de la Teoría de la Imprevisión o por diversas causas que pueden ser imputables a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como ‘Hecho del Príncipe’, *‘lus variandi’*.”

“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura de dicho equilibrio económico, ha sido pendular en cuanto en algunas oportunidades se han adoptado posturas encaminadas a aceptar su ubicación en el terreno de la responsabilidad contractual²⁶, entendiendo así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y se ha mantenido la distinción para efectos de

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 2013, radicación No. 76001-23-31-000-1996-03577-01(20524), Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁶ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio.

identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual²⁷.

“Al respecto cabe agregar esta disparidad en modo alguno ha obedecido al arbitrio del fallador, sino que puede explicarse en cuanto ha sido la misma legislación la que quizá sin propiedad o de manera equívoca sobre la materia, se ha ocupado de generar la confusión en cuanto ha identificado el incumplimiento contractual como una de las causas generadoras de la ruptura del equilibrio económico del contrato, tal como lo refleja el tenor literal del numeral primero del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 en cuanto establece que *‘si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato’*.

“En igual sentido se encuentra la disposición contenida en el numeral octavo del artículo 4 del mismo estatuto, en cuanto consagra:

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

“(...)’

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

“De ahí que la Sala estime necesario puntualizar que si bien algunas normas legales vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, lo cierto es que el instituto del equilibrio económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido

²⁷ Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera.

como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo, sin que haya lugar a confundir esa institución con la materia propia de la responsabilidad contractual.

“Precisamente con ese fin el ordenamiento positivo faculta hoy a las entidades contratantes para que, en sede administrativa, adopten los mecanismos encaminados a preservar esas condiciones y la dotó de instrumentos útiles tendientes a lograrlo, tales como la aplicación de los mecanismos de ajuste, actualización y revisión de precios, cuya materialización podrá efectuarse directamente por la Administración.

“Muy por el contrario, cuando se examina el incumplimiento de uno de los extremos del negocio jurídico por razón de la inobservancia o del cumplimiento tardío o defectuoso del contenido obligacional de aquellas estipulaciones que de manera libre, voluntaria y vinculante acordaron las partes al tiempo de su celebración, naturalmente ello debe realizarse desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, lo que a la postre faculta al otro contratante, siempre que hubiere cumplido con las obligaciones a su cargo o que hubiera estado dispuesto a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos, para que, en sede judicial, pueda solicitar la resolución del respectivo vínculo comercial o su cumplimiento, en ambas opciones con la correspondiente indemnización de los perjuicios causados o incluso, si a ello hubiere lugar, autoriza a la entidad estatal contratante para sancionar al contratista particular incumplido mediante la declaratoria de caducidad administrativa del contrato²⁸, o para declarar el incumplimiento con el fin de hacer efectiva la cláusula penal incluida en el contrato, tal como lo dispone el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, normativa que encuentra antecedente positivo en los artículos 71 y 72 del entonces vigente Decreto-ley 222 de 1983”²⁹.

4.1.4 Análisis de los incumplimientos y el desequilibrio económico alegados en la demanda arbitral

Precisados los conceptos de incumplimiento contractual y desequilibrio económico a la luz de la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, pasa el Tribunal a analizar si se pueden o no declarar los incumplimientos contractuales (pretensiones declarativas Nos. 1 y 2) y el

²⁸ Artículos 14 y 18 de la Ley 80 de 1993.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 2013, radicación No. 25000-23-26-000-2003-00113-01(30571), Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

desequilibrio económico (pretensión declarativa No. 3) alegados en la demanda arbitral. Para facilitar este análisis, el Tribunal sintetizará a continuación los argumentos presentados por las partes y luego los contrastará con el material probatorio recaudado durante el proceso.

4.1.4.1 SÍNTESIS DE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA POR LA PARTE CONVOCANTE

En su demanda arbitral la parte convocante sustentó sus pretensiones en diversos argumentos que podrían sintetizarse de la siguiente manera:

1. El 24 de febrero de 2000, el **MUNICIPIO DE YOPAL** y la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.** suscribieron el Contrato de Concesión No. 0017 el cual tuvo por objeto la prestación del servicio de alumbrado público en el Municipio de Yopal, incluyendo su expansión y cambio de tecnología.

2. Durante la ejecución del contrato se presentó un desequilibrio económico.

3. Para restablecer este desequilibrio económico, el 7 de diciembre de 2011 las partes celebraron una “transacción” con la cual acordaron un nuevo flujo de caja que sustituiría el flujo de caja inicial del Contrato de Concesión 0017 de 2000.

4. El **MUNICIPIO DE YOPAL** no cumplió con los pagos previstos en el nuevo flujo de caja que se acordó en la “transacción” del 7 de diciembre de 2011, incumpliendo de esta manera la **CLÁUSULA DÉCIMA** del Contrato de Concesión 0017 de 2000 y generando nuevamente un desequilibrio económico en perjuicio del concesionario, **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**

4.1.4.2 SÍNTESIS DE LA ARGUMENTACIÓN EXPUESTA POR LA PARTE CONVOCADA

Los argumentos que expuso la parte convocada para oponerse a las pretensiones de la demanda, podrían resumirse así:

1. El **MUNICIPIO DE YOPAL** “cumplió con lo pactado en el contrato de transacción de 2011”.

2. Si se presentó un desequilibrio económico “dentro de lo pactado en el contrato de transacción y lo pagado por parte del Municipio de Yopal, este desbalance afecta a la entidad territorial”, ya que en la “transacción” se acordaron pagos por \$1.272'000.000, que finalmente

ascendieron a \$2.514'232.077 (un 97,66% más), es decir, "se le pagó a la concesión casi el doble de lo que se pactó el 07 de diciembre de 2011".

3. Tampoco se puede decir que hubo desequilibrio económico porque, de acuerdo con las cifras proporcionadas por la Fiducia, en el periodo 2011 a 2016, el Concesionario recibió \$12.619'267.398,36 (menos el valor de \$1.272'000.000 del contrato transaccional), valor superior a los \$11.216'430.000 que debía recibir.

4.1.4.3 ANÁLISIS DE LOS INCUMPLIMIENTOS ALEGADOS EN LA DEMANDA ARBITRAL (PRETENSIONES DECLARATIVAS Nos. 1 y 2)

De las argumentaciones de las partes se puede deducir que el punto central del debate entre ellas gira en torno al cumplimiento de la CLÁUSULA DÉCIMA del Contrato de Concesión 0017 de 2000. Mientras la parte convocante alega que esta cláusula fue incumplida por el **MUNICIPIO DE YOPAL**, este niega tal incumplimiento.

En esa "CLÁUSULA DÉCIMA-RETRIBUCIÓN FORMA Y CONDICIONES DE PAGO" del Contrato de Concesión 0017 de 2000, las partes acordaron:

"EL CONCEDENTE retribuirá a el CONCESIONARIO el costo mensual del suministro, operación y mantenimiento, del cambio de tecnología de la expansión del contrato de concesión, incluido el valor del consumo de alumbrado público si es suministrado por él, con el recaudo del servicio de alumbrado público, el cual será facturado por la empresa EBSA S.A. ESP, o quien haga la facturación o recaudo a nombre del Municipio de Yopal, recaudo que hará a través del sistema financiero local y administrado por la empresa fiduciaria designada por el CONCESIONARIO para el manejo de los fondos de esta concesión. PARÁGRAFO PRIMERO: Las tarifas máximas de alumbrado público con las cuales se inicie el contrato de concesión, serán las que actualmente se encuentran determinadas en el Acuerdo No. 040 de diciembre 6 de 1999, el cual hace parte integral de la presente concesión. PARAGRAFO SEGUNDO: EL CONCEDENTE cederá y pignorará a favor del CONCESIONARIO los derechos sobre el valor total mensual de la facturación del servicio de alumbrado público, deduciendo los gastos del contrato interadministrativo (gastos de fiducia) y otros contenidos en los términos de referencia, durante el tiempo de vigencia del contrato y desde la fecha de la firma del mismo. En caso que el monto de lo recaudado no fuere suficiente para cumplir con los establecido por EL CONCESIONARIO en su propuesta, el Municipio mantendrá el equilibrio financiero bien sea mediante ampliación del plazo de la concesión o haciendo el incremento tarifario

que se requiera. En todo caso debe hacerse anualmente el análisis financiero con el fin de equilibrar el valor contractual previsto con el flujo financiero. De todos modos se deberá mantener la ecuación contractual tanto por el CONCEDENTE como para el CONCESIONARIO, este es el equilibrio entre prestaciones y derechos que caracterizan a los contratos conmutativos” (subrayas fuera de texto).

Según la parte convocante, el **MUNICIPIO DE YOPAL** incumplió esta CLÁUSULA DÉCIMA del Contrato de Concesión 0017 de 2000 porque no cumplió con los pagos acordados en el nuevo flujo de caja acordado por las partes en la “transacción” del 7 de diciembre de 2011. Al respecto, en los hechos 4.1.27, 4.1.28 y 4.1.29 de su demanda, alegó:

“4.1.27. Una vez subsanado el desequilibrio económico presentado hasta el mes de octubre de 2011 y con base en la transacción suscrita en fecha 07 de diciembre de 2011 y de acuerdo a la cláusula decima del contrato, la entidad contratante debía cumplir con su obligación de pago del flujo de caja que fundamentó desde el punto de vista financiero el Acuerdo Transaccional referido.

“4.1.28. No obstante, la entidad contratante no dio cumplimiento a su obligación contractual de pago, CLAUSULA DÉCIMA – RETRIBUCIÓN FORMA Y CONDICIONES DE PAGO, por cuanto los rubros del flujo de caja no fueron pagados oportunamente al concesionario ni tampoco fueron actualizados, incumpléndose el contrato de transacción.

“4.1.29. Como consecuencia de lo anterior, el concesionario al no recibir el pago oportuno en las fechas establecidas de los rubros del flujo de caja ni al serle reconocida ni pagada la actualización de los mismos, éste sufrió nuevamente un desequilibrio económico del contrato, que no tiene el deber de soportar y por lo tanto le está ocasionando graves perjuicios económicos”.

En su defensa, el **MUNICIPIO DE YOPAL** alegó que sí había cumplido con los pagos previstos en el nuevo flujo de caja acordado en la “transacción”, y que incluso había pagado de más al Concesionario.

Al ser las pruebas las llamadas a mostrar la realidad de los hechos, el Tribunal entrará a analizarlas con el fin de determinar si se dieron o no los incumplimientos alegados por la convocante y desmentidos por la convocada.

Para demostrar que el **MUNICIPIO DE YOPAL** incumplió la citada CLÁUSULA DÉCIMA del Contrato de Concesión 0017 de 2000, la parte convocante presentó un dictamen pericial elaborado por el señor **RAFAEL**



HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ, contador público y abogado. En este dictamen el señor perito calculó los ingresos realmente recibidos por el Concesionario con posterioridad a la “transacción” del 7 de diciembre de 2011, y al compararlos con los ingresos que en teoría debió recibir el Concesionario, según el flujo de caja acordado en esa “transacción”, concluyó que el Concesionario, hasta febrero de 2017, había tenido ingresos inferiores a los previstos en el flujo de caja de la “transacción” en una cuantía de \$955´410.000, sin indexar, que aumentaba a \$1.598´370.697 al indexarse, y a la que debían sumarse \$109´122.680 por concepto de intereses moratorios causados entre febrero de 2017 y septiembre de 2017.

Del anterior dictamen se le corrió traslado a la parte convocada, quien solicitó aclaraciones y complementaciones, con fundamento en el inciso 5º del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012. Esta norma también le permitía presentar un nuevo dictamen para controvertir el de su contraparte, pero se abstuvo de hacerlo. Oportunamente el señor perito allegó las aclaraciones y complementaciones que se le solicitaron, y posteriormente respondió en audiencia las preguntas del Tribunal y las partes.

En cuanto a la procedencia del dictamen pericial, dice el inciso 1º del artículo 226 del Código General del Proceso:

“La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”.

Y sobre su apreciación, el artículo 232 del Código General del Proceso dispone:

“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por su parte, ha explicado:

“... aun cuando se ha ejercitado dentro del proceso el derecho a la contradicción del dictamen pericial, existe un mecanismo de control adicional en cabeza del juez. Se trata del ejercicio de apreciación y valoración de la prueba. Tanto la jurisprudencia³⁰ como la doctrina³¹ son

³⁰ Ver sentencias C-214/11 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-590/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-311/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva, T-1034/06 M.P Humberto Sierra Porto, T-796/06 M.P Clara Inés Vargas y T-579/06 M.P Manuel José Cepeda.

enfáticas al señalar que el dictamen pericial es apenas uno más de los medios de prueba permitidos dentro del sistema probatorio de libre convicción. En consecuencia, lo dicho por el perito no constituye una prueba de valor superior, y el juez no está obligado a dar pleno valor a sus conclusiones por el solo hecho de provenir de un experto³². Antes bien, siguiendo lo ordenado en el artículo 187 C.P.C, el juez debe valorar el dictamen pericial en conjunto con los demás medios probatorios obrantes en el proceso y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

“3.6.4 La valoración del dictamen pericial implica llevar a cabo un proceso de orden crítico con el fin de obtener certeza respecto de los hechos y conclusiones sobre los que versa la experticia. Para ello, el juez debe apreciar aspectos relativos (i) al perito, (ii) al agotamiento formal de los mecanismos para llegar a un dictamen suficiente, y (iii) a la coherencia interna y externa de las conclusiones. En cuanto a lo primero, deben verificarse las calidades y la probidad del perito³³. En segundo lugar, son objeto de apreciación los elementos (exámenes, experimentos, cálculos, etc.) en los cuales se apoyó el perito para sus indagaciones. En tercer lugar, debe examinarse la coherencia lógica del dictamen, el carácter absoluto o relativo que le da el perito a sus afirmaciones, la suficiencia de los motivos que sustentan cada conclusión, y la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos³⁴.

“3.6.5 Como resultado del proceso descrito el juez puede decidir apartarse de las conclusiones de la experticia. Los doctrinantes manifiestan al respecto que *‘el juez tiene libertad de valoración frente a los resultados de la peritación, y puede, por ende, con una motivación adecuada, apartarse de las conclusiones a las que ha llegado el perito’*³⁵ y, yendo más allá, establecen que *‘si un dictamen pericial no reúne las anteriores condiciones, el Juez deberá negarle todo valor probatorio’*³⁶. En este orden de ideas, la garantía del debido proceso exige que el juez exponga de forma explícita dentro del fallo cuál es el mérito que le asigna al medio de prueba y cuáles son las razones que

³¹ Ver Parra Quijano, op. cit, p. 655-657.

³² Giacometto Ferrer, Ana. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2003, p. 98

³³ Así lo exige el artículo 241 C.P.C al disponer que “al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta (...) la competencia de los peritos”.

³⁴ El mismo artículo 241 C.P.C exige que en el proceso de apreciación del dictamen pericial se tenga en cuenta: *“la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos”*. Sobre estos requisitos ver Giacometto, Ana. op. cit., 97.

³⁵ Denti, Vittorio, citado en Parra Quijano, op. cit, p. 656.

³⁶ Giacommeto, Ana. op. cit, p. 97.

sustentan esta decisión. Pero en ningún caso, obliga al juez a aceptar las conclusiones del dictamen sin un examen crítico del mismo”³⁷.

Y sobre los requisitos para que el dictamen sea útil como prueba, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado:

“8.2.1.1.2 Ha considerado la Sala que para que el dictamen de expertos que obre en el proceso, pueda tener eficacia probatoria se requiere que: (i) el perito informe de manera razonada lo que de acuerdo con sus conocimientos especializados sepa de los hechos; (ii) su dictamen sea personal³⁸ y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar por su cuenta el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; (iv) que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; (v) que no se haya probado una objeción por error grave; (vi) que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; (vii) que sus conclusiones sean conducentes en relación con el hecho a probar; (viii) que se haya surtido la contradicción; (ix) que no exista retracto del mismo por parte del perito; (x) que otras pruebas no lo desvirtúen y (xi) que sea claro, preciso y detallado, es decir, que de cuenta de los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que de los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones³⁹.

“ ...

“El juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que, como con acierto lo ha concluido la doctrina, el juez no está obligado a ‘...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...’⁴⁰. En suma, el juez está en el deber de estudiar bajo la sana crítica el dictamen pericial y en la libertad de valorar sus resultados; si lo encuentra ajustado y lo convence, puede tenerlo en cuenta total o parcialmente al momento de fallar; o desechar

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-269 del 29 de marzo de 2012.

³⁸ Devis Echandía, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Tomo II, Pruebas Judiciales, Editorial ABC, 1984, págs. 339 y ss.

³⁹ Consejo de Estado, sentencia de 16 de abril de 2007, exp. AG-250002325000200200025-02, M. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 649.

sensatamente y con razones los resultados de la peritación por encontrar sus fundamentos sin la firmeza, precisión y claridad que deben estar presentes en el dictamen para ilustrar y transmitir el conocimiento de la técnica, ciencia o arte de lo dicho⁴¹⁴².

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales y jurisprudenciales, pasará el Tribunal a analizar el dictamen pericial presentado por la parte convocante.

En su dictamen pericial, el perito **RAFAEL HUMBERTO PEDRAZA BENÍTEZ** incluyó un capítulo denominado “DESCRIPCION DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FISICA EXAMINADA” en el cual enumeró los documentos que le sirvieron como fuente de información:

“Dentro de las actividades desarrolladas en la investigación y el plan de trabajo trazado se examinaron documentos que tuvieron relación directa e indirecta con los hechos investigados generados dentro el desarrollo del contrato de concesión 017 de 2000.

“Dentro de los documentos examinados y analizados se tuvieron en cuenta acta de constitución de la UNION TEMPORAL, contrato de concesión, reportes de fiducia, acta de transacción y soportes de aportes e inversión por parte del concesionario y demás documentos que se encuentran en el archivo de la información contable de la UNION TEMPORAL” (subrayas fuera de texto).

En el Contrato de Concesión 0017 de 2000 las partes acordaron que lo recaudado por el servicio de alumbrado público sería “administrado por la empresa fiduciaria designada por el CONCESIONARIO para el manejo de los fondos de esta concesión”. Por esta razón, el 15 de noviembre de 2000 el Concesionario celebró un contrato de fiducia con **FIDUIFI S.A.**, hoy **FIDUAGRARIA S.A.**, del cual surgió un patrimonio autónomo denominado “FIDEICOMISO UT YOPAL – FIDUIFI”, en el que se manejaron la totalidad de recursos de la Concesión.

Llama la atención de este Tribunal que el señor perito, al elaborar su dictamen pericial, se haya limitado a consultar el “archivo de la información contable de la UNION TEMPORAL”, sin acudir a **FIDUAGRARIA S.A.**, quien al ser la fiduciaria que administraba los recursos de la Concesión, podía

⁴¹ Consejo de Estado, *op. cit.*, pág. 96.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 21 de marzo de 2012, radicación No. 07001-23-31-000-2000-00177-01(23778), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

haberle dado una información aún más completa y fidedigna que la de su propio cliente, **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, más aún cuando el artículo 235 del Código General del Proceso, buscando garantizar la objetividad e imparcialidad de los peritos, impone a estos el deber de considerar “tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes”.

Ahora bien, es probable que el señor perito asumiera que el “archivo de la información contable de la UNION TEMPORAL” coincidía con la información contable de la fiduciaria, y que por esto su dictamen sería coherente con esta información, a pesar de no haberla consultado, sin embargo, este Tribunal, al revisar otras pruebas que reposan en el expediente, encontró graves inconsistencias en las cuentas del señor perito, al compararlas con las cuentas de la fiduciaria.

En el dictamen pericial hay un capítulo denominado “HALLAZGOS”, del cual resultan relevantes para este Tribunal sus numerales 8 a 11, en los cuales el señor perito afirmó:

“8. Los conceptos contemplados dentro del análisis del flujo de caja fueron los siguientes:

- “• Ingreso proyectado desde el mes de noviembre del 2011 hasta el mes de septiembre de 2015 fue de \$12.283.298 mm.
- “• Valores recibidos durante la ejecución por el mismo periodo 11.327.887 mm (Con el agravante que fueron recibidos de manera extemporánea y sin efectuar los ajustes pactados en el contrato y el acuerdo transaccional.
- “• Tenemos una diferencia de \$955.411 mm
- “• Recuperación de la inversión del concesionario proyectado por el periodo de noviembre de 2001 a septiembre de 2015 fue el valor de \$1.755.235 mm.
- “• Valor recibido por el concesionario en el mismo periodo \$1.468.262 mm.
- “• Tenemos una diferencia de \$286.973 mm.
- “• Gastos administrativos, operativos y de mantenimiento por el periodo de noviembre de 2011 hasta septiembre del año 2015 el valor de \$ 7.201.774 mm, valor que fue ejecutado.

- “• Gastos de expansión \$1.344.294 mm.
- “• Inventario de materiales para mantenimiento \$236.582 mm
- “• Atención a la deuda con MIN MINAS \$397.467 mm.
- “• RETILAP \$641.555
- “• PMA 269.348

“9. En resumen tenemos lo siguiente:

- “• Valor recibido como ingreso al concesionario \$11.327.887 mm
- “• Pago al concesionario por reintegro de la inversión \$1.816.456 mm
- “• Gastos administrativos, operativos y de mantenimiento \$7.577.595 mm
- “• Gastos de expansión \$1.344.294 mm
- “• Inventario de mantenimiento \$236.582 mm
- “• Atención a la deuda MINMINAS \$397.467 mm
- “• RETILAP \$641.555 mm
- “• PMA \$269.348 mm
- “• Lo anterior nos da un desequilibrio económico por valor de \$955.410 mm.

“10. Los intereses calculados a la tasa legal moratoria establecida por la ley 80 emitida por la superintendencia financiera que se tomaron mes a mes sobre el capital adeudado arrojaron un saldo a la fecha de la presentación de la reclamación por valor \$ 109.122.mm.

“11. El valor de \$955.410 mm indexados hasta la fecha en la cual se interpuso la reclamación del desequilibrio económico por parte de la UNION TEMPORAL y en contra del municipio de YOPAL fue el valor de \$1.598.370.697 más el saldo de los intereses de mora legalmente calculados por valor de \$109.122.680 nos da un valor total de \$1.707.493.380”.



Como podemos ver, los cálculos del señor perito realizados a partir del "archivo de la información contable de la UNION TEMPORAL" lo llevaron a afirmar que el Concesionario sufrió un desequilibrio económico al recibir \$955'410.000 menos ingresos que los que se habían proyectado en el flujo de caja de la transacción del 7 de diciembre de 2011, valor que al ser indexado se elevaba a \$1.598.370.697, y al que había que sumar intereses de mora por \$109'122.680, para un total de \$1.707'493.380.

Y lo mismo reiteró en sus conclusiones 1 a 4:

"1. Existió un desequilibrio económico en la ejecución del contrato número 017 del 2000 suscrito entre la UNION TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA y el MUNICIPIO DE YOPAL por valor de \$955.410 mm donde la UNION TEMPORAL salió perjudicada.

"2. El valor indexado a la fecha en la cual se interpuso la reclamación fue de \$1.598.370.697.

"3. El valor del saldo de los intereses moratoria a la fecha en la cual se interpuso la reclamación es de \$109.122.680

"4. El valor total de la reclamación por el perjuicio ocasionado en el desequilibrio económico es por \$1.707.493.380".

Con el fin de verificar los hallazgos y conclusiones del señor perito, este Tribunal confrontó sus cuentas con el flujo de caja de la "transacción" del 7 de diciembre de 2011, que ambas partes aportaron como prueba, y con el Informe de Rendición Final de Cuentas de fecha 26 de septiembre de 2016, elaborado por **FIDUAGRARIA S.A.** como administradora del fideicomiso en el que se manejaron los recursos de la Concesión, informe que la parte convocada aportó como prueba al contestar la demanda.

En el flujo de caja de la transacción, las partes acordaron que los ingresos del Concesionario por concepto de "FLUJO DEL INVERSIONISTA" serían de \$500'000.000 en el mes de noviembre de 2011, de \$170'000.000 en el mes de diciembre de 2011 y de \$24'372.000 mensuales desde enero de 2012 hasta agosto de 2015.

Pasando al Informe de Rendición Final de Cuentas de la fiduciaria, en el cual se relacionaron los ingresos y egresos que tuvo el fideicomiso durante el periodo comprendido entre mayo de 2001 y agosto de 2016, el Tribunal, al verificar en este informe si al Concesionario se le habían entregado esos \$500'000.000 que las partes acordaron sería el "FLUJO DEL INVERSIONISTA" en el mes de noviembre de 2011, encontró que durante este mes no aparecía ningún pago al Concesionario por ese monto, pero sí



unos meses después, específicamente el 29 de febrero de 2012. Lo mismo pudo comprobar el Tribunal en relación con los \$170'000.000 que debía ingresar el Concesionario por concepto de "FLUJO DEL INVERSIONISTA" durante el mes de diciembre de 2011. Este dinero lo recibió el Concesionario tiempo después, el 31 de marzo de 2012. Lo anterior significa que entre noviembre de 2011 y marzo de 2012, el Concesionario recibió, por concepto de "FLUJO DEL INVERSIONISTA", \$670'000.000, cifra que no quedó reflejada en el dictamen del señor perito, pues según este, en noviembre de 2011 el "FLUJO DEL INVERSIONISTA" fue \$0, en diciembre de 2011 \$0, en enero de 2012 \$0, en febrero de 2012 \$115'874.000, y en marzo de 2012 \$149'137.000, es decir, \$265'011.000 en total entre noviembre de 2011 y marzo de 2012, valor muy inferior a los \$670'000.000 que contabilizó la fiduciaria como "FLUJO DEL INVERSIONISTA" en el mismo periodo.

El señor perito entonces, solo entre los meses de noviembre de 2011 y marzo de 2012, contabilizó por "FLUJO DEL INVERSIONISTA" \$404'989.000 menos que la fiduciaria, cifra considerable que afectó el resto de cuentas de su dictamen (de abril de 2012 a septiembre de 2015), y que obviamente habría disminuido significativamente los \$955'410.000, sin indexar, correspondientes al desequilibrio económico que según el señor perito sufrió el Concesionario.

También advierte el Tribunal incoherencias entre el dictamen pericial y el flujo de caja de la transacción. En este, por ejemplo, el "FLUJO DEL INVERSIONISTA" para junio de 2013 es de \$24'372.000, y para agosto de 2013, lo mismo, \$24'372.000, pero en el dictamen del señor perito el "FLUJO DEL INVERSIONISTA" para junio de 2013 es menor, \$16'474.000, y para agosto de 2013 es mayor, \$41'903.000. El dictamen incluso agrega \$3'250.000 como "FLUJO DEL INVERSIONISTA" para septiembre de 2015, valor que en el flujo de caja de la transacción no se menciona.

La falta de correspondencia del dictamen pericial presentado por la parte convocante con las cuentas de la fiduciaria, y además con el flujo de caja de la transacción, constituyen series inconsistencias que impiden a este Tribunal confiar en el contenido del mismo, en consecuencia, y teniendo en cuenta que según el inciso 5º del artículo 226 del Código General del Proceso, "todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado", este Tribunal lo desestimaré por su falta de claridad y precisión.

Centrándose ahora en las pruebas documentales, encuentra el Tribunal un documento relevante para determinar si el **MUNICIPIO DE YOPAL** le cumplió o no al Concesionario con los pagos que habían acordado en el flujo de caja de la "transacción" del 7 de diciembre de 2011, y es el Informe de Rendición Final de Cuentas de la fiduciaria que administró los recursos de la concesión, **FIDUAGRARIA S.A.**, fechado 26 de septiembre de 2016. De acuerdo con la



convocante, el **MUNICIPIO DE YOPAL** incumplió el Contrato de Concesión 0017 de 2000 al pagar tardíamente o no pagar los valores acordados en el mencionado flujo de caja, y qué mejor prueba para comprobar si esto era cierto que el informe final de la fiduciaria que administraba el fideicomiso por el que pasaron la totalidad de los recursos de la Concesión, más aún cuando fue aportado por la parte acusada de incumplir, el **MUNICIPIO DE YOPAL**.

En ese informe, la fiduciaria incluyó un listado con todos los ingresos y egresos de la Concesión. Como los egresos se listaron por fecha, aparecían mezclados egresos de todo tipo, por lo cual el Tribunal procedió a discriminarlos, según los conceptos utilizados en el flujo de caja de la “transacción”. Uno de estos conceptos fue el de “FLUJO DEL INVERSIONISTA”, que de acuerdo con el informe de la fiduciaria se pagó al Concesionario en las siguientes fechas y por los siguientes montos:

FECHA	NIT	TERCERO	CONCEPTO	EGRESOS
29/02/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 10 06/02/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	500.000.000
31/03/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 39 20/03/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	170.000.000
31/05/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 53 18/05/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	24.372.000
31/05/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 54 18/05/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	24.372.000
31/05/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 55 18/05/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	24.372.000



31/05/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 56 18/05/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	24.372.000
31/07/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 71 18/07/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	24.372.000
30/11/2012	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE CUENTA EN EL COMPROBANTE 903 109 94 20/11/2012 SEGÚN MEMO VNA GNF 11094 DEL 05 DE NOV 2013 DEBIDO A UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS DE PAGO FLUJO DEL INVERSIONISTA	24.372.000
30/11/2013	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	RECLASIFICACIÓN DE SUBCUENTA SEGÚN MEMO VAN GNF 12077 POR UNIFICACIÓN DE CRITERIOS DEL COMP 903 109 62 DEL 30 DE SEPTIEMBRE 2013 PAGO FACTURA OP 537 POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO A LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA PROYECTADO APROBADO EN EL MES DE NOVIEMBRE DE 2011	73.116.000
21/01/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	CAUSA ORDEN DE PAGO 562 FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON EL FLUJO DE CAJA	170.604.000
13/02/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	CAUSA PAGO ORDEN DE OPERACIÓN No. 566 POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA	73.116.000
07/07/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 588 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA PROYECTADO APROBADO EN EL MES DE NOVIEMBRE DE 2011	24.372.000
18/07/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 590 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA PROYECTADO APROBADO EN EL MES DE NOVIEMBRE DE 2011 PERIODO MARZO Y ABRIL 2014	48.744.000
03/09/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 602 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA PROYECTADO APROBADO	48.744.000



			EN EL MES DE NOVIEMBRE DE 2011 PERIODO MAYO Y JUNIO 2014	
15/10/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 607 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA PROYECTADO APROBADO EN EL MES NOVIEMBRE DE 2011 PERIODO JULIO Y AGOSTO 2014	48.744.000
10/11/2014	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 612 CAUSA CTA DE COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA	48.744.000
06/01/2015	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 622 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA PROYECTADO APROBADO EN EL MES NOVIEMBRE DE 2011 PERIODO NOVIEMBRE Y DICIEMBRE 2014	48.744.000
16/02/2015	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 628 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA APROBADO FLUJO DEL INVERSIONISTA PERIODO ENERO 2015	24.372.000
06/05/2015	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 653 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA APROBADO FLUJO DEL INVERSIONISTA PERIODO FEBRERO MARZO ABRIL 2015	73.116.000
23/06/2015	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 658 CAUSA CTA COBRO POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA APROBADO FLUJO DEL INVERSIONISTA PERIODO MAYO 2015	24.372.000
24/08/2015	830076539	UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. - EPNE LTDA.	OP 669 CAUSA CTA COBRO 5 POR CONCEPTO DE FLUJO DEL INVERSIONISTA DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL FLUJO DE CAJA APROBADO FLUJO DEL INVERSIONISTA PERIODO JUNIO Y JULIO 2015	48.744.000
TOTAL				1.571.764.000

Como atrás se indicó, en el flujo de caja de la “transacción” las partes acordaron un pago de \$500’000.000 en el mes de noviembre de 2011, de \$170’000.000 en el mes de diciembre de 2011 y de \$24’372.000 el resto de meses (enero de 2012 hasta agosto de 2015). Al revisar el informe de la



fiduciaria el Tribunal pudo comprobar que el primer pago por “FLUJO DEL INVERSIONISTA” por valor de \$500'000.000 no se pagó en noviembre de 2011 sino tardíamente en febrero de 2012 y lo mismo sucedió con el pago de 170'000.000 previsto para diciembre de 2011, se pagó en marzo de 2012. Incluso pueden encontrarse pagos en el que se acumularon “FLUJOS DEL INVERSIONISTA” de varios meses. El 30 de noviembre de 2013, el 13 de febrero de 2014 y el 6 de mayo de 2015, por ejemplo, se hicieron pagos \$73'116.000, que correspondían a tres meses de “FLUJO DEL INVERSIONISTA”. En otros casos, se acumularon dos meses (\$48'744.000). Adicionalmente, el informe de la fiduciaria demuestra que el **MUNICIPIO DE YOPAL** no indexaba sus pagos, pagaba lo que nominalmente aparecía en el flujo de caja de la “transacción”, lo que obviamente hacía que sus pagos tuvieran una cuantía inferior a la que era correcta. Por último, el informe muestra que los pagos nominales del **MUNICIPIO DE YOPAL** al Concesionario por concepto de “FLUJO DEL INVERSIONISTA” sumaron \$1'571.764.000, valor inferior a los 1.742'368.000, sin indexar, que suman los pagos previstos en el flujo de caja de la “transacción” por “FLUJO DEL INVERSIONISTA” (\$500'000.000 + \$170'000.000 + \$24'372.000 X 44 meses), es decir, incluso sin tener en cuenta la indexación, los pagos realizados por el **MUNICIPIO DE YOPAL** no cubrieron en su totalidad los pagos por “FLUJO DEL INVERSIONISTA”.

Pasando a otros rubros del flujo de caja, como el GAOM, la expansión puntual del alumbrado público, el Retilap y el Plan Ambiental, el Tribunal verificó más incumplimientos del **MUNICIPIO DE YOPAL**, como los del “FLUJO DEL INVERSIONISTA”.

La situación descrita llevó al Tribunal a hacer sus propias cuentas, basándose en los pagos acreditados en el informe de la fiduciaria, que si bien no permitieron a este Tribunal fijar con precisión la diferencia entre lo que pagó el **MUNICIPIO DE YOPAL** y lo que debía haber pagado según el flujo de caja de la “transacción”, debido a falta de información en el mismo informe de la fiduciaria y también a la imposibilidad de corroborar con otras fuentes algunos pagos del informe que generaban dudas, de todas formas sirvieron al Tribunal para obtener valores aproximados por cada rubro y un valor total inferior a los \$1.598'370.697 pretendidos por la parte convocada en su demanda pero cercano a los \$955'411.027, sin indexar, mencionado por el apoderado de la parte convocante al presentar sus alegatos.

En consecuencia, este Tribunal declarará que el **MUNICIPIO DE YOPAL** sí incumplió el Contrato de Concesión 0017 de 2000, al incumplir pagos acordados en el flujo de caja de la “transacción” del 7 de diciembre de 2011, y no reconocer los intereses moratorios que generaron sus pagos tardíos o no realizados.



4.1.4.4 ANÁLISIS DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO ALEGADO EN LA DEMANDA ARBITRAL (PRETENSIÓN DECLARATIVA No. 3)

En su pretensión declarativa No. 3, la parte convocante solicitó al Tribunal declarar que se generó un desequilibrio económico en el Contrato 0017 de 2000 por el incumplimiento del **MUNICIPIO DE YOPAL** en los pagos del flujo de caja.

Como atrás se explicó, el incumplimiento y el desequilibrio económico son figuras jurídicas diferentes, siendo una de sus diferencias que el desequilibrio económico exige probar a quien lo alega, demostrar que el desequilibrio fue grave, requisito que no se exige en el contexto de un incumplimiento contractual. Es por esto que en una de las sentencias sobre desequilibrio económico, antes citada, expresa:

“A través de la actividad y debate probatorio el juez debe llegar a la certeza técnica del desbalance que afecta la relación negocial, de aquí como, la simple afirmación en la demanda de la existencia del desequilibrio o de la ruptura de la fórmula o modelo económico rector del negocio, no sea por si mismo suficiente para dar por probada la configuración de la misma, sus características, impacto en la conmutatividad del negocio, magnitud del desajuste, en fin, todo lo relativo a su identificación plena y que permita abrir paso, al reconocimiento judicial de esta situación y a la determinación y cuantificación de las indemnizaciones que sean pertinentes, en los términos de los artículos No. 1, 27 y 28 de la ley 80 de 1993.

“Resulta en consecuencia menester, que la prueba aportada permita materializar no solo el hecho causante o generador del desequilibrio del negocio, sino también configurar, ente otras cosas, sus efectos graves y dañinos, ...”⁴³.

No es entonces cualquier desbalance en la ecuación financiera del contrato el que da derecho a obtener el restablecimiento del equilibrio económico, pues para que este resulte procedente, la parte afectada debe demostrar un impacto grave en el presupuesto que tenía destinado al cumplimiento del contrato.

En el presente caso, el Tribunal pudo comprobar que en el **MUNICIPIO DE YOPAL** incumplió el Contrato de Concesión No. 0017 de 2000 con los pagos acordados en el flujo de caja de la transacción del 7 de diciembre de 2011,

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 5 de octubre de 2016, radicación No. 85001-23-33-000-2012-00202-01(51018), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

pero no que estos incumplimientos hayan sido de tal magnitud como para calificarlos de graves, mucho menos, cuando la parte convocante se limitó en su demanda a manifestar la gravedad de esos incumplimientos (hechos 4.1.29 y 4.1.37, y punto 5.4 de los fundamentos de derecho) pero sin desplegar ningún esfuerzo para demostrar esta específica circunstancia.

4.2 CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE CONDENA

4.2.1 Consideraciones en relación con las condenas al pago de capital e intereses

Al haber accedido este Tribunal a declarar el incumplimiento por parte del **MUNICIPIO DE YOPAL** del Contrato de Concesión No. 0017 de 2000, por no haber cumplido con los pagos acordados en el flujo de caja de la transacción de fecha 7 de diciembre de 2011, lo condenará en consecuencia a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, un capital de \$1.126'886.230, el cual corresponde al capital de \$955'411.027, reconocido por el apoderado de la parte convocante en sus alegatos, indexado desde agosto de 2015, mes en que terminó el Contrato de Concesión, hasta febrero de 2019, mes previo al presente laudo, utilizando los valores IPC certificados por el DANE:

Valor a indexar: \$955'411.027

IPC INICIAL (agosto de 2015): 85,78096

IPC FINAL (febrero de 2015): 101,17675

$$\frac{\$955'411.027 \times 101,17675 \text{ (IPC FINAL)}}{85,78096 \text{ (IPC INICIAL)}} = \$1.126'886.230$$

En cuanto a los intereses moratorios, se condenará al **MUNICIPIO DE YOPAL** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, la suma de \$481'628.087 correspondientes a los intereses moratorios causados desde el 5 de agosto de 2015, día siguiente a la terminación del Contrato de Concesión, hasta el 15 de marzo de 2019 (43 meses y 10 días, es decir, 1.300 días), fecha del presente laudo, a la tasa del 12% prevista en el inciso 2º del numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993:

Capital indexado: \$1.126'886.230

Tasa de interés moratorio: 12% anual

Días en mora: 1.300

$$\frac{\$1.126'886.230 \times 0,12 \times 1.300 \text{ (días en mora)}}{365 \text{ (días del año)}} = \$481'628.087$$

4.2.2 Consideraciones en relación con la solicitud para que se liquide el Contrato de Concesión No. 0017 de 2000

Como su nombre lo indica, con la liquidación del contrato se pretende que las partes hagan un balance y ajusten las prestaciones a cargo de cada una de ellas, con el fin de terminar el contrato, reconociendo los saldos a favor y en contra de las partes, o que se declaren a paz y salvo.

Sobre los tipos de liquidación de un contrato, la jurisprudencia arbitral ha manifestado⁴⁴:

“... Para determinar quién, concretamente, tiene competencia para adelantar y/o para adoptar la liquidación definitiva de un contrato estatal, resulta útil precisar que de conformidad con el ordenamiento legal vigente, es posible distinguir tres (3) clases o modalidades de liquidación, a saber: liquidación bilateral, liquidación unilateral y liquidación judicial. A la ocurrencia de dichas modalidades de liquidación solo puede haber lugar en la medida en que no se haya configurado, previamente, alguna otra de las modalidades mencionadas, según el orden en que fueron enunciadas. Dicho de otra manera: la ley otorga el carácter principal y preferente a la liquidación bilateral, en forma tal que la liquidación unilateral aparece, únicamente, en subsidio de aquella; así mismo, a la liquidación judicial de un determinado contrato estatal solo habrá lugar en cuanto no se haya producido, con anterioridad, la liquidación unilateral y mucho menos la liquidación bilateral.

“... ”

“La liquidación bilateral: es aquel balance o corte de cuentas que realizan y/o acogen, de manera conjunta, las partes del respectivo

⁴⁴ Tribunal arbitral, laudo del 29 de mayo de 2003, COMACOL vs. CAJANAL.

contrato. La regulación de esta modalidad de liquidación definitiva se encuentra en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

“ ...

“La liquidación unilateral, por el contrario y como su nombre lo indica, no corresponde a una actuación negocial o conjunta de los contratantes, sino a una decisión que adopta la entidad estatal de manera unilateral, sin necesidad de contar, para ello, con la voluntad o con el consentimiento del o de los respectivos contratistas particulares. Dicha actuación unilateral, bueno es anotar, puede llevarla a cabo la entidad contratante en la medida en que así se lo autoriza expresamente la ley, según las voces del artículo 61 del estatuto de contratación estatal, a cuyo tenor:

“ART. 61.—De la liquidación unilateral. Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición’.

“ ...

“La liquidación judicial: es aquella que realiza y adopta el Juez del Contrato, en desarrollo de un proceso de esa naturaleza”.

Sobre el contenido de la liquidación de un contrato estatal, la Guía para la Liquidación de los Procesos de Contratación de Colombia Compra Eficiente, advierte:

“La liquidación sólo debe incorporar los asuntos relacionados con las prestaciones derivadas del contrato y su ejecución.

“En el acto de liquidación debe constar el balance técnico y económico de las obligaciones a cargo de las partes, es decir, el análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios y el balance económico que dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para dar por concluido un contrato⁴⁵.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sentencia 17322 de 14 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

“Así mismo, deben constar en el acto de liquidación los derechos a cargo o a favor de las partes resultantes de la ejecución del contrato. La liquidación puede indicar el estado de cumplimiento de las obligaciones y también incluir obligaciones que surgen para las partes con ocasión de su suscripción⁴⁶.

“Así, la liquidación debe dar cuenta de los reconocimientos y ajustes derivados de la ejecución del contrato que correspondan, y de los acuerdos, conciliaciones y transacciones a los que lleguen las partes con el objeto de dar por terminadas sus diferencias y declararse a paz y salvo.

“Debe tenerse en cuenta que el acta de recibo final suscrita por el contratista, el interventor y/o supervisor y el ordenador del gasto no tiene los mismos efectos del acta de liquidación, por lo tanto, aunque en ella hubieran quedado consignadas sumas de dinero u obligaciones a favor de una de las partes o de las dos, las mismas no son exigibles hasta tanto no se consignen en el respectivo acto de liquidación⁴⁷.

Observa el Tribunal que entre las pruebas documentales aportadas por las partes no aparecen documentos tales como:

- El Acta de Terminación debidamente firmada por las partes (faltó la firma de la representante legal del Concesionario).
- El Acta de Entrega debidamente firmada por las partes.
- El Acta de Recibo de repuestos, elementos y materiales sobrantes.
- El Inventario detallado de las luminarias instaladas.
- Certificado de conformidad Retilap de la infraestructura construida y/o luminarias instaladas.
- La Certificación de Cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental (disposición final de elementos y materiales que contienen residuos contaminantes y/o peligrosos).
- Copias de las garantías únicas de cumplimiento, de responsabilidad civil extracontractual y de pago de salarios y prestaciones sociales,

⁴⁶ Laudo entre DRAGADOS HIDRÁULICOS LTDA. – LA NACIÓN – MINISTERIO DE TRANSPORTE. 28 de Febrero de 2001.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sentencia No. 25199 de 28 de febrero de 2013. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

constituidas para amparar los riesgos establecidas en el Contrato de Concesión N°0017 de 2000, en las coberturas y duración debidamente ampliadas.

- El Certificado del revisor fiscal o Representante Legal del Concesionario del pago de las obligaciones del contratista con el aporte al sistema de salud, riesgos profesionales, pensión y aportes a la caja de compensación familiar, ICBF y SENA.
- El Certificado del revisor fiscal o Representante Legal del Concesionario del pago de las obligaciones de los contratistas que participaron en la ejecución del Contrato de Concesión N°0017 de 2000, relacionados con el aporte al sistema de salud, riesgos profesionales, pensión y aportes a la caja de compensación familiar, ICBF y SENA.
- Paz y Salvo de los trabajadores utilizados por el Concesionario y de los trabajadores de utilizados por los Contratistas que participaron en la ejecución del Contrato de Concesión N°0017 de 2000.
- Software donde implementó la aplicación en la web para atender las peticiones, quejas y reclamos de los usuarios del servicio de alumbrado público y para poder realizar la actualización del inventario de luminarias Georeferenciado.

Por lo anterior, este Tribunal considera insuficiente la documentación aportada a este proceso para llevar a cabo la liquidación del Contrato de Concesión No. 0017 de 2000, razón por la cual denegará la pretensión de condena No. 3 de la demanda arbitral.

4.2.3 Consideraciones en relación con la condena al pago de costas procesales

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) establece:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

El Código General de Proceso, que derogó el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 365 regula las costas procesales de la siguiente manera:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

“Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

“2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

“3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

“4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

“6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

“7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

“9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción” (subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta estas reglas para determinar las costas en un proceso judicial, el **MUNICIPIO DE YOPAL**, al ser la parte vencida, será condenada en costas en el presente laudo.

Por Auto No. 8 del 26 de junio de 2018 se fijaron los gastos y honorarios del Tribunal en CIENTO QUINCE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS (\$115'290.630). Como esta suma de dinero la asumió en su totalidad la parte convocante, esta solicitó la expedición de la certificación a la que se refiere el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, que dice:

“En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de este.

“Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente” (subrayas fuera de texto).

El 5 de diciembre de 2018 el Tribunal, mediante Auto No. 19, accedió a la solicitud de la parte convocante, ordenando al Presidente y al Secretario expedir las respectivas certificaciones, haciendo constar que las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, de acuerdo con sus porcentajes de participación en esta unión temporal, asumieron la parte de los gastos y honorarios del Tribunal que debía pagar el **MUNICIPIO DE YOPAL**, que eran \$57'645.315. Como estas certificaciones se expidieron y entregaron a la parte convocante, en este laudo solo se incluirán como costas la parte de los gastos y honorarios del Tribunal a cargo de la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, habida cuenta que la parte de estos gastos y honorarios a cargo del **MUNICIPIO DE YOPAL**, la parte convocante los puede cobrar ejecutivamente con las certificaciones que se le entregaron.

En cuanto a las agencias en derecho, que son un componente de las costas, el artículo SEGUNDO del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las define de la siguiente manera:

“Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso, el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, revisión o anulación que haya propuesto, y en los casos especiales previstos en los códigos de procedimiento”.

Y sobre los criterios para fijarlas, el artículo TERCERO del mismo Acuerdo establece:

“El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones”.

Teniendo en cuenta estos criterios, el Tribunal considera razonable fijar en TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30'000.0000) las agencias en derecho del presente proceso, valor que se encuentra dentro de los límites impuestos por el citado Acuerdo.

De acuerdo con lo anterior se condenará al **MUNICIPIO DE YOPAL** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$87'645.315) como costas procesales, valor que incluye los CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$57'645.315) que la parte convocante pagó por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, y los TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30'000.000) fijados como agencias en derecho.

5. INVESTIGACIÓN SOBRE PRESUNTA IRREGULARIDAD EN EL CONTRATO LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PÚBLICO, CIRCUITO EXCLUSIVO DE ILUMINACIÓN EN VÍAS DE ACCESO AL HOSPITAL REGIONAL DE YOPAL, POR VALOR DE \$1.144.671.32. MCTE.

Frente a la manifestación realizada por la apoderada de la Entidad convocada “Municipio de Yopal” en el momento de contestar la demanda, al decir que su Representada había pagado incluso una suma mayor a la indicada en el Flujo de Caja producto del acta transaccional firmado el día 7



de diciembre de 2011, ya que el concesionario había ejecutado la expansión del sistema de alumbrado público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al hospital regional de Yopal, por valor de \$1.144.671.32, consideramos que dada nuestra condición temporal de Jueces de la Republica (artículo 116 de la Constitución Política de Colombia) y en concordancia los deberes constitucionales que tienen los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia y obrar conforme al principio de solidaridad, debemos advertir sobre la irregularidad que se presenta con la ejecución del contrato de expansión del sistema de alumbrado público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al hospital regional de Yopal, por un valor de \$1.144.671.321, ya que allí se observa como el Concedente, el Concesionario y quien fungió como Interventor del contrato de concesión decidieron suscribir y ejecutar un contrato de obra pública que violó los postulados de transparencia y libre concurrencia establecidos en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifican o complementan y en consecuencia en la parte Resolutiva se ordenará compulsar copias del laudo y de toda la documentación que obra en el expediente a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría Departamental de Casanare y a la Procuraduría General de la Nación- Regional Casanare, para que cada una de esas entidades, dentro de su competencia realicen las investigaciones a que haya lugar a fin de determinar si la con la suscripción del Contrato para la Expansión del Sistema de Alumbrado Público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al Hospital Regional de Yopal, por un valor de \$1.144.671.321, se incurrió en alguna conducta de tipo penal, fiscal o disciplinaria.

Los hechos que sustentan tal apreciación son los siguientes:

Al confrontar el flujo de caja aportado por el convocante en la demanda, con la información contenida en el anexo 3 del informe de final de Fiduagraria, aparecen los siguientes pagos:

- Fecha 28 de agosto de 2015, por la suma de \$517.377.520, Concepto: OP 679 FRA 1424 EXPANSION PUNTAL DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PUBLICO MUNICIPIO DE YOPAL PAGO ANTICIPADO EQUIVALENTE AL 50% DEL VALOR TOTAL PRESUPUESTADO

- Fecha diciembre 2 de 2015 por la suma de \$517.377.520, concepto: Expansión puntal sist alumb p fact 1451 MUNICIPIO DE YOPAL PAGO EQUIVALENTE AL SALDO DEL VALOR TOTAL PRESUPUESTADO.

Con lo cual queda demostrado que efectivamente con ingresos del impuesto de alumbrado público de Yopal se pagó dicha expansión y que la obra se ejecutó, hecho este que no constituye para el concesionario un "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA"



Sin embargo al analizar los documentos aportados con la contestación de la demanda que se encuentran del folio 601 al folio 619 del cuaderno 1B, los cuales están relacionados con la expansión del sistema de alumbrado público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al hospital regional de Yopal, por un valor de \$1.144.671.321, se observa en folio 619 Numeral 4 “del acta de liquidación y pago de la obra ejecutada” firmada el día 30 de noviembre de 2015, dice “el medio que apoya el PAGO de la obra total ejecutada del sistema de alumbrado público municipal, está fundamentada con los numerales tres (3) y cuatro (4) del Acta transaccional firmada el día 7 de diciembre de 2011, la cual hace parte integral del contrato de concesión N°017 de febrero 24 de 2000, lo cual hizo factible ordenar la obra EXPANSION DEL SISTEMA DE ALUMBRADO PUBLICO, CIRCUITO EXCLUSIVO DE ILUMINACION EN VIAS DE ACCESO AL HOSPITAL REGIONAL DE YOPAL, no contempladas en las obligaciones del concesionario, cumpliendo los montos acordados oficialmente al finalizar la anterior Administración Municipal de pago al CONCESIONARIO autorizándole ejecutar obras de expansión para la vigencia del contrato 2014 y 2015”. Este documento que aparece firmado, por el Secretario de Obras Públicas del Municipio JOSE MIGUEL CARDENAS ORTIZ, por la representante legal de Epne Ltda INES IVETTE ROJAS VILLAMIZAR y por el señor HENRY ANTONIO PATIÑO POVEDA, quien dice actuar en su calidad de Representante Legal del Grupo Energía Delta Ltda., firma interventora del contrato de Concesión 0017 de 2000, (a sabiendas que el contrato de interventoría había terminado desde el 5 de agosto de 2015) y en consecuencia para esa fecha no tenía la calidad de interventor del contrato de concesión 0017 de 2000).

Así las cosas tanto el Concedente como el Concesionario y el Representante Legal Interventoría, están firmando un documento “Acta de Liquidación” de esa obra donde hacen una afirmación que no corresponde a lo acordado en el Acta de Transacción suscrita el día 7 de diciembre de 2011, ya que la expansión del sistema de alumbrado público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al hospital regional de Yopal, por un valor de \$1.144.671.321, no quedó incluida en dicha Transacción, con lo cual presuntamente estas personas estarían incurriendo en una conducta de tipo penal, y violando de manera flagrante el “principio de transparencia” establecido en la Ley 80 de 1993 y demás normas completarías, ya que dicho Estatuto contempla como norma general que las obras publicas se deben adjudicar mediante licitación pública.

6. PARTE RESOLUTIVA

En merito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DECLARAR que el **MUNICIPIO DE YOPAL** incumplió la CLÁUSULA DÉCIMA, sobre “RETRIBUCION FORMA Y CONDICIONES DE PAGO”, del Contrato de Concesión 0017 del 24 de febrero de 2000, por haber incumplido o cumplido tardíamente los pagos acordados en el flujo de caja acordado por las partes en la “transacción” del 7 de diciembre de 2011.

SEGUNDO. DECLARAR que el **MUNICIPIO DE YOPAL** incumplió la CLÁUSULA DÉCIMA, sobre “RETRIBUCION FORMA Y CONDICIONES DE PAGO”, del Contrato de Concesión 0017 del 24 de febrero de 2000, por haber incumplido o cumplido tardíamente los pagos acordados en el flujo de caja acordado por las partes en la “transacción” del 7 de diciembre de 2011, y no haber reconocido los respectivos intereses moratorios.

TERCERO. DENEGAR la pretensión declarativa No. 3 de la demanda arbitral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR al **MUNICIPIO DE YOPAL** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, la suma de MIL CIENTO VEINTISÉIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$1.126'886.230), por concepto de capital, el cual deberá continuar indexándose desde la fecha del presente laudo, hasta que su pago efectivamente se produzca.

CUARTO. CONDENAR al **MUNICIPIO DE YOPAL** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS (\$481'628.087), por concepto de intereses moratorios causados desde el 5 de agosto de 2015 hasta la fecha del presente laudo, a una tasa del 12% anual.

QUINTO. DENEGAR la pretensión condenatoria No. 3 de la demanda arbitral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. DECLARAR no probadas las argumentaciones presentadas en su defensa por el **MUNICIPIO DE YOPAL**, denominadas “EN CUANTO A LA INEXISTENCIA DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y DEL PAGO DE LO PACTADO DENTRO DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN”, “DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA” y “EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA”.

SÉPTIMO. CONDENAR al **MUNICIPIO DE YOPAL** a pagar a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA.**, la suma de OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$87'645.315), por concepto de costas del proceso.

OCTAVO. Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría Departamental de Casanare y a la Procuraduría General de la Nación- Regional Casanare, para efectos de que se hagan las investigaciones correspondientes respecto al contrato de expansión del sistema de alumbrado público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al hospital regional de Yopal, por valor de \$1.144.671.32. mcte.

NOVENO. Declarar causados los honorarios de los árbitros y del Secretario, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal

DÉCIMO. Ordenar al Presidente del Tribunal elaborar la liquidación final de gastos prevista en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012, devolviendo a las partes las sumas de dinero a que haya lugar

DÉCIMOPRIMERO. En firme este laudo, hágase entrega del expediente al Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Casanare.

DÉCIMO SEGUNDO. Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes y al Agente del Ministerio Público, con las constancias de ley.

SAMUEL YONG SERRANO
Árbitro Presidente

**ACLARACIÓN PARCIAL DE VOTO DE LAUDO DE MARZO 15 DE 2019,
DENTRO DEL PROCESO ARBITRAL 2017-005, TRIBUNAL ARBITRAL DE
UNIÓN TEMPORAL PROYECTOS S.A. EPNE LTDA. VS. MUNICIPIO DE
YOPAL.**

Comparto las motivaciones que sustentan la parte resolutoria del laudo frente a la declaratoria del incumplimiento por parte del Municipio de Yopal al no haber realizado los pagos en la forma y tiempos establecidos en el flujo de caja productor del acuerdo transaccional suscrito de manera voluntaria y bilateral por las partes, el día 7 de diciembre de 2011; así mismo comparto las motivaciones del laudo que llevaron a no ordenar y realizar la liquidación del contrato de concesión N°0017 de 2000 y a negar la declaratoria de Desequilibrio Contractual del Contrato de Concesión N°0017 de 2000. Con todo, frente a la decisión de solicitar se investigue “sobre la irregularidad que se presenta con la ejecución del contrato de expansión del sistema de alumbrado público, circuito exclusivo de iluminación en vías de acceso al hospital regional de Yopal, por un valor de \$1.144.671.321, ya que allí se observa como el Concedente, el Concesionario y quien fungió como Interventor del contrato de concesión decidieron suscribir y ejecutar un contrato de obra pública que violó los postulados de transparencia y libre concurrencia establecidos en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y demás normas que la modifican o complementan”, no los puedo acompañar habida cuenta que no conozco el contexto que dio lugar a esa negociación ni tengo elementos suficientes que me lleven a la convicción que en ese contrato exista una contratación indebida.

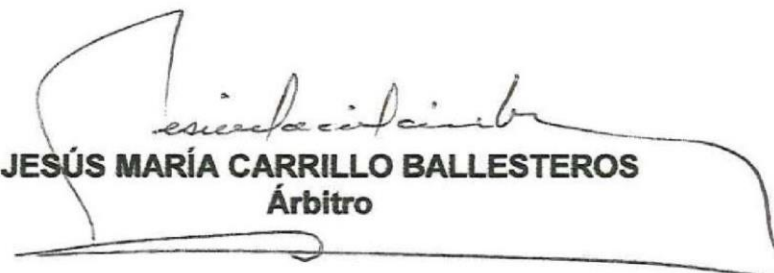


SAMUEL YONG SERRANO
Árbitro Presidente

Notifíquese.



SAMUEL YONG SERRANO
Árbitro Presidente



JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS
Árbitro



MARIO ALFONSO SARMIENTO MARTÍN
Árbitro



JEISSON ALIRIO CÁRDENAS ORDUZ
Secretario

TRIBUNAL ARBITRAL DE UNIÓN TEMPORAL
PROYECTOS S.A. EPNE LTDA. vs. MUNICIPIO DE YOPAL